# Die Jurisprudenz

des

# Oberappellations-Gerichts

der

## vier freien Städte Deutschlands

in

## bürgerlichen Rechtssachen aus Lübeck.

## 1856—1864.

I should have saved myself much both of time and labor, if I had copied more and abridged less.

ABBOTT.

Redigirt

vom

**Oberappellationsgerichtsrath Wunderlich.**

II.

**Bremen,**

Hermann Gesenius.

1866.

Diese Sammlung enthält Entscheidungsgründe zu etwa zweihundert Rechtssachen; besonders aus den Gebieten des Handels- See- und Versicherungsrechts in dessen verschiedenen Zweigen. Nichts, was schon gedruckt wäre, mit unbedeutenden Ausnahmen. Vollständige Angabe der Präjudizien, chronologische, alphabetische Namen-, systematische und alphabetische Sach-Register; Verweisungen auf sonstige Fälle und die neuere Gesetzgebung des lübeckischen Freistaats. Auch eine reiche Blumenlese für Freunde des Zunftzwangs; nicht minder aber für dessen Widersacher eine schneidende Waffe.

## 1856.

### 355. Zöhrns w. Ehemann, 16. Febr. 1856. Z42R.

Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 10. 1. b. soll Berufungen gegen nur provisorische, auf die Sache selbst und deren künftige Entscheidung nicht einwirkende Verfügungen kein Suspensiveffect beigelegt werden; angewandt auf den Abschlag eines Inhibitorium's gegen einen Strafbefehl, betreffend das Verlassen der ehelichen Wohnung von Seiten der Ehefrau, und deren Rückkehr zu ihren Eltern.

---

### 356. Meyer Bekl. w. Lüb. Büch. Eis. Ges., 31. März 1856. M290R.

1) Die in dem Expropriationsgesetz vom 24. December 1842 vorgeschriebene dreiwöchige Appellationsfrist ist eine Nothfrist.

2) Kein Bürger hat dem Staate gegenüber ein Recht auf unverkürzte Benutzung der öffentlichen Straße dergestalt, daß er berechtigt wäre, Entschädigung zu fordern, wenn der Staat von seinem Recht, Aenderungen mit der Straße vorzunehmen, Gebrauch macht.

3) Durch die Anordnung eines Expropriationsverfahrens in Bezug auf einen Gegenstand ist noch keineswegs anerkannt, daß die Person, gegen welche es gerichtet ist, Rechte an dem Gegenstand habe.

4) Zur Forderung einer cautio damni infecti bedarf es der Darlegung eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der gefahrdrohenden Handlung und dem dadurch herbeigeführten Schaden.

5) Das Verbot von Vorrichtungen, durch welche der Lauf des Regenwassers in einer für den Nachbar nachtheiligen Weise verändert wird, ist nur auf solche zu beziehen, durch welche dieses unmittelbar herbeigeführt wird.

[2] Das Expropriationsgesetz v. 24. December 1842 bestimmt im Art. 26 für beide höhere Instanzen auch zu der Rechtfertigung der Appellation eine unerstreckbare dreiwöchige Frist. Zwar ist im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, daß diese Frist eine Nothfrist sein solle. Allein, da die ordentliche Frist zur Einführung und Rechtfertigung der Appellation gleichwie beim hiesigen OG.

V. über d. Gerichtswesen v. 4. Mai 1814. §. 27.

so auch beim OAG.

OAGO. §. 123

bei Strafe der Desertion vorgeschrieben ist, so folgt aus bekannten Grundsätzen über Auslegung der Gesetze, daß der obige Art. 26 des Expropriationsgesetzes, indem er nur den Lauf dieser Fristen abkürzt, an ihrer rechtlichen Natur nichts geändert hat....

Die Forderungen des Beklagten wegen Veränderung des neben seinen Schiffsbauplätzen herlaufenden Weges gründen sich

A) auf Entziehung von Theilen und Pertinenzen seiner Schiffsbauplätze. Hinsichtlich dieser Forderungen ist die einstweilige Aussetzung des Erkenntnisses verfügt....

B) Auf ein ihm angeblich zustehendes Recht auf Benutzung des erniedrigten Fahrwegs in dessen altem Zustande. Dahin gehört eine allgemeine Forderung von 18,000 M., und zwei specielle. Die eine von 112,500 M. dafür, daß die veränderten Steigerungsverhältnisse des Weges die Transportkosten des Bauholzes vermehrten. Die andere von 75,000 M. dafür, weil aus eben diesem Grunde der Stein-

damm nicht mehr zum Laden und Sägen seines Holzes benutzt werden könne. — Diese Forderungen sind von den vorigen Richtern mit vollem Rechte schon aus dem Grunde verworfen worden, weil keinem Bürger dem Staate gegenüber ein solches Recht auf unverkürzte Benutzung der öffentlichen Straße zusteht, daß, wenn der Staat von seinem Rechte, Aenderungen mit der Straße vorzunehmen, Gebrauch mache, deshalb von dem einzelnen Bürger Entschädigung gefordert werden könne[1].... [6] Der Beklagte meint jedoch, dies leide in dem vorliegenden Fall keine Anwendung, weil dadurch, daß ihm gegenüber ein Expropriationsverfahren in Beziehung auf die Veränderung des Weges eingeleitet worden, schon anerkannt sei, daß er ein zu expropriirendes Recht auf den fraglichen Weg habe... Dieser Einwand ist jedoch ohne Grund. Denn wenn man sich gleich in diesem Fall bewogen gefunden hat, den Beklagten... [7] zu expropriiren, so ist man dazu doch offenbar nur durch dessen hartnäckigen Widerspruch gegen die projectirte Veränderung des Weges — wegen eines dadurch angeblich verletzten Privatrechts — und durch den Wunsch bestimmt worden, trotz dieses Widerspruchs mit der nothwendigen Erniedrigung des Weges vorschreiten zu können. — Die Expropriirung kann daher in diesem Falle nur so aufgefaßt werden, daß etwaige, nach Art. 1 des Gesetzes überall in Betracht kommende Rechte des Beklagten, welche durch die fragliche Anlage verletzt werden möchten, gegen Entschädigung aufgehoben seien, keinenfalls aber dahin, daß dem Beklagten überhaupt ein Recht auf unveränderte Beibehaltung des [8] Fahrdammes zustehe...

C) Auf die Störung seiner Arbeiten durch die gegen Caution geschehene Ausführung der Erniedrigung des Fahrwegs. [9] Diese gar nicht in das Expropriationsverfahren gehörenden Forderungen sind in den Gründen zum v. U. widerlegt.

[1]) Vergl. jedoch B. Bley Wwe. w. Staatsanw. 23. Febr. 1856 (Brem. S. 3, p. 451—459); 30. Sept. 1861; Sept. 1863. B. Huntemann Wwe. w. Staatsanw. 30. Nov. 1859.

D) Auf die Verschlechterung seiner Bauplätze durch Erniedrigung der Straße, oder die desfalls drohende Gefahr. Dahin gehört insbesondere die Forderung einer Caution von 400,000 M., weil nun auch die Bauplätze mit der tiefsten Lage des Weges horizontal gelegt und zu dem Ende abgegraben werden müßten; und zwar... [10] nicht nur für die nach geschehener Abgrabung eintretende Gefahr der Versackung, sondern auch gegen die Gefahr, daß das auf seine, theilweise tiefer als der Weg abzugrabenden Bauplätze von dem Walle herabströmende Schnee- und Regenwasser [11] durch Wegschwemmung des Erdreichs seinen Werken schaden thue... [12] Was nun die erste Gefahr betrifft, mit welcher er bedroht sein will, so ist es, wenn man die Befugnisse in's Auge faßt, welche das gemeine Recht jedem Grundeigenthümer bezüglich der auf seinem Grund und Boden vorzunehmenden Anlagen, namentlich anzulegender Gruben gewährt,

l. 24. §. ult. D. de damno infecto. 39, 2.

klar, daß der Beklagte die Gefahr, womit ihn die Tieferlegung des Weges bedrohen soll, in ihrem unmittelbaren Causalzusammenhange hätte begründen und substanziiren müssen, um mit der aufgestellten Forderung einer cautio damni infecti gehört werden zu können, was in keiner Weise von ihm geschehen ist. — Was aber die angebliche Gefahr durch Regenwasser betrifft, so enthält zwar das r. R. die Vorschrift, daß [13] Niemand auf seinem Grund und Boden Veranstaltungen vornehmen darf, wodurch der Lauf des Regenwassers auf eine für den Acker des Nachbarn nachtheilige Weise verändert wird:

l. 1. §. 1. D. de aqua et aqua pluv. arc. 39, 3.

Allein will man diese Bestimmung überall auf andere Grundstücke anwenden, so kommt doch hier in Betracht, daß der Beklagte die Vermehrung der Gefahr durch Regenwasser nicht der Tieferlegung des Weges — denn diese sichert ihn gerade gegen die Gefahr — sondern der noch tieferen Abgrabung seiner Plätze zuschreibt, zu der er vorgiebt, durch jene genöthigt zu sein.

357. Scharbau w. Kaping, 15. April 1856. S523V.

1) Nach erhaltener Kunde vom Inhalt der Zeugenaussagen ist **jede** Vernehmung von Zeugen über gleiche Thatumstände ausgeschlossen: OAGO. §. 130. ändert hieran nichts.

2) Wenn ein Eid als Wahrheitseid zugeschoben und dieser unstatthaft ist, so wird auf den Glaubenseid als minus erkannt, wenn solcher sich im betreffenden Fall als zulässig herausstellt; p. 4. 5.

Das OAG. hat von jeher die Ansicht befolgt, daß die Vorschriften des gemeinen Rechts über die Unzulässigkeit fernerer Zeugenabhörung nach erlangter Kunde von dem Inhalt der Aussagen früher über gleiche Thatumstände vernommener Zeugen auch bei angeblich neu aufgefundenen Zeugen Anwendung finden, und selbst durch die Rechtswohlthat neuen Vorbringens in der Rechtsmittelinstanz nicht alterirt werden. An diesen u. A. in der Lübecker Sache

Wehde w. Steen Wwe j. Dühring Ehefr. (S. 193 p. 250 bis 253)

zum Urtheil vom 25. Febr. 1828 ausgeführten Grundsätzen ist auch durch §. 130 OAGO., dessen Anwendbarkeit auf das OG. zu Lübeck sich aus der Bekanntmachung vom 13. August 1831 Nr. 1 (GS. Nr. 17, S. 55) ergiebt, nichts geändert worden, da sich nicht mit den Gründen zum v. U. (J. F. Erlangen) annehmen läßt, daß die Worte des §., „wenn ihnen sonst kein Rechtsgrund entgegensteht," nur auf den zweiten und nicht auch auf den ersten daselbst ausgesprochenen, die Vorschriften des gemeinen Rechtes wiederholenden Rechtssatz zu beziehen seien. Auch hat das OAG. von jeher in den Vorschriften seiner Ordnung keine Modification der obgedachten Grundsätze des gemeinen Rechtes finden zu dürfen geglaubt...

## 358A. Bollow Bekl. w. Bollow, 22. April 1856. B417W.

Die Nichtbeantwortung von in der Klage behaupteten Thatsachen in der Vernehmlassung gilt in Lübeck als Eingeständniß jener Thatsachen. Angewandt auf Verzinslichkeit, Verzinsung und Aufkündigung einer Geldsumme, welcher Kläger die Eigenschaft eines Darlehns vindicirte.

## 358B. Bollow Klr. w. Bollow 29. Juni 1861. B478W.

1) Die Verzinsung einer Geldsumme enthält eine erhebliche factische Vermuthung für das Vorhandensein eines Darlehns.

2) Beurtheilung von Zeugenaussagen über die Frage: ob in einem concreten Fall ein zwiefaches Darlehn, zwischen einem Dritten als Gläubiger und dem Kläger als Schuldner, sowie zwischen Diesem als Gläubiger und dem Beklagten als Schuldner vorliege, oder ob der Dritte Gläubiger des Beklagten geworden sei und der Kläger sich verbürgt habe.

Die Beschwerde des Klägers, daß er in dem Erk. d. OG., welches seinen Beweis nur bis [2] zum Reinigungseide für erbracht erklärt hat, nicht vielmehr zum Erfüllungseide zugelassen worden sei, war für begründet zu erachten, und mußte daher das Erk. d. LG. wieder hergestellt werden.

I. Der Beklagte hat in der Vernehmlassung auf die Klage eingeräumt, im Jahre 1846, als er seine Landstelle in Wulfsdorf kaufen wollte, zu diesem Zweck vom Kläger 1000 ℛ︀. N⅔ empfangen zu haben, und es handelt sich nur darum, ob dieses Geld als Darlehn gegeben worden sei, während der Beklagte behauptet, es sei vielmehr eine vorläufige Abfindung für verschiedene ihm gegen den Kläger zustehenden Ansprüche gewesen. Die Darlehns-Eigenschaft des Geldes wird nun schon durch den Umstand, [3] daß der Beklagte dem Kläger vertragsmäßige Zinsen zu jährlich

3% schuldete und mehrere Jahre wirklich vergütete, in hohem Grade wahrscheinlich gemacht. Denn

1) diese Thatsache steht, wie bereits in dem Urtheil des OAG. vom 22. April 1856 ausgesprochen worden ist, durch stillschweigendes Zugeständniß des Beklagten fest, indem derselbe die betreffende Behauptung der Klage in der Vernehmlassung unbeantwortet gelassen, und selbst, nachdem der Kläger in der Replik das stillschweigende Eingeständniß acceptirt hatte, in der Duplik dem in keiner Weise widersprochen hat. Wenn der Beklagte erst in der Vernehmlassung zweiter Instanz mit dem Einwand hervorgetreten ist, die [4] Zinsverbindlichkeit sei als accessorium des Darlehns durch das Leugnen des letzteren implicite mit in Abrede gestellt worden, so kann es dahin gestellt bleiben, ob dies formell Beachtung finden dürfe; jedenfalls ist der Einwand, der die mehrjährige wirkliche Zahlung von Zinsen ohnehin nicht betrifft, offenbar unbegründet, da sich nicht behaupten läßt, daß die Verzinslichkeit einer empfangenen Geldsumme rechtlich nur unter der Voraussetzung eines contrahirten Darlehns denkbar sei. Als entschieden verspätet muß auch die Darstellung unberücksichtigt bleiben, welche der Beklagte in der Beweis-Impugnation über die Vergütung von Zinsen vorgebracht hat, indem [5] er danach nur die Entrichtung derjenigen Zinsen, welche der Kläger seinem Gläubiger Oldörp schuldete, zur Erleichterung des Klägers freiwillig übernommen haben will, während es sich nach der Klagbehauptung darum handelte, daß zwischen den Parteien eine Verzinsung der vom Kläger dem Beklagten gegebenen Summe zu 3% verabredet und ausgeführt worden, der Beklagte also seinerseits für das empfangene Geld dem Kläger Zinsen schuldig gewesen sei.

2) So wenig die Verzinslichkeit zum Wesen eines Darlehns gehört, so begründet doch umgekehrt der Umstand, daß eine Geldsumme unter der contractlichen Pflicht der Verzinsung hingegeben und darauf wirklich verzins't worden ist, unverkennbar eine [6] erhebliche factische Vermuthung für das Dasein eines Darlehnsgeschäftes. Denn bei der Natur der Zinsen, als einer Vergütung für die überlassene

Benutzung einer Quantität fungibler Sachen, wird einer Obligation, welche gerade durch die Hingabe einer Geldsumme contrahirt wird und mit der Pflicht zu deren Verzinsung verbunden ist, nur in höchst seltenen Fällen ein anderes Sachverhältniß, als das eines Darlehns, zu Grunde liegen. Auf einen solchen besonderen Ausnahmsfall hat sich aber der Beklagte selbst nicht berufen, vielmehr einen Rechtsgrund der Geldhingabe behauptet, welcher mit der Verzinslichkeit nicht vereinbar sein würde. Er hat behauptet, die fraglichen 1000 Rthlr. seien eine vorläufige [7] Abfindung für verschiedene Ansprüche gewesen, welche später, längstens nach 12 Jahren, unter den Parteien definitiv geordnet werden sollten. Wäre dies so gemeint gewesen, daß das gezahlte Geld ein mit Rücksicht auf illiquide oder künftig erst fällig werdende Ansprüche des Beklagten geleisteter Vorschuß habe sein sollen, so wäre die einstweilige Verzinsung damit freilich sehr wohl vereinbar, der Vorschuß wäre aber auch nichts anderes, als ein wirkliches Darlehn, welches, soweit, als es nicht demnächst durch die Ansprüche des Beklagten mittelst Compensation ausgeglichen würde, zurückgezahlt werden müßte. Diese Auffassung, wonach der Klaggrund sich als bereits liquid dargestellt haben würde, entspricht aber der [8] Vertheidigung des Beklagten nicht, und konnte bei Erlaß des Beweisinterlocuts nicht zu Grunde gelegt werden, da der Beklagte sich in der Vernehmlassung unter Ableugnung des Dahrlehns nur eventuell darauf berief, die Rückforderung sei jedenfalls verfrüht, und in der Duplik noch besonders hervorhob, er habe principaliter der Klage nicht eine Einrede opponirt, sondern einen wesentlichen Theil des Klaggrundes, nämlich, daß das Geld als Darlehn gegeben sei, in Abrede gestellt. Die Behauptung des Beklagten konnte daher nur dahin verstanden werden, daß die 1000 Rthlr. eine wirkliche Zahlung auf die, vorläufig so hoch angeschlagenen, Ansprüche des Beklagten habe sein sollen, und zwar auf Ansprüche, welche nach der Darstellung des [9] Beklagten nicht etwa erst künftig fällig werden sollten, sondern deren Befriedigung vom Kläger schon Jahre lang verzögert worden wäre, und deren sofortiger Liquidation

der Kläger damals nur habe entgehen wollen. Die Verzinsung der auf solche Weise gezahlten Geldsumme wäre aber ein innerer Widerspruch. — Die durch diese Umstände begründete Wahrscheinlichkeit wird

II) durch den Zeugenbeweis in erheblichem Grade verstärkt. Zwar haben die beiden vernommenen Zeugen über das in Rede stehende Contractsverhältniß der Parteien direct nichts auszusagen vermocht. Allein es ist durch [10] ihre übereinstimmende Angabe erwiesen, daß der Beklagte es war, welcher im Jahre 1846 — obwohl er nach der Aussage des Zeugen Robrahn damals geäußert, er habe aus der väterlichen Stelle noch Etwas zu fordern — zum Ankauf der Wulfsdorfer Stelle ein Dahrlehn von 1000 ℛ︀. N⅔ suchte, sowie ferner, daß, nachdem der Zeuge Oldörp sich geweigert, dem Beklagten das verlangte Darlehn zu geben, weil er kein Geld außer Landes geben wollte, das Geschäft schließlich der Art zu Stande gekommen ist, daß den beiden Brüdern das Geld ausgezahlt wurde, der Kläger aber dem Oldörp die Obligation darüber ausstellte. Nach diesem Hergang kann man nicht anders annehmen, als daß ein doppeltes Darlehnsgeschäft zum [11] Abschluß kam, eins zwischen Oldörp und dem Kläger, das zweite zwischen Diesem und dem Beklagten. Der Letztere, welcher das Geld für seine Zwecke gesucht hatte, sollte offenbar Darlehnsschuldner werden, auch wenn in Folge der Art, wie der Kläger für ihn intercedirte, die Person dessen, von welchem der Beklagte das Geld erhielt, gewechselt wurde, der Kläger in dieser Hinsicht an die Stelle Oldörp's trat. Dieser Wechsel des Darlehnsgläubigers ergiebt sich aber theils aus der von den Zeugen bestätigten Thatsache, daß der Kläger, und er allein, dem Oldörp eine Obligation ausstellte, theils aus dem Zugeständniß des Beklagten, daß er die fraglichen 1000 ℛ︀. vom Kläger empfangen habe. Wenn die beiden Zeugen die Sache so auffaßten, es sei der [12] Beklagte Darlehnsschuldner des Oldörp und der Kläger nur Bürge für denselben geworden, so kann auf diese subjective Meinung der Zeugen, die sich überdies durch den eigentlichen Zweck der Darlehnsaufnahme sehr natürlich erklärt, im gegen-

wärtigen Proceß nichts ankommen. Daß insbesondere der bemerkte Hergang mit der Behauptung des Beklagten, die 1000 ℛ𝓉. vom Kläger als Zahlung einer Schuld erhalten zu haben, nicht wohl in Einklang zu bringen ist, leuchtet ein; denn wenn sich der Beklagte darauf beruft, er habe doch selbst ein Interesse gehabt, die Anschaffung der beim Kläger [13] nicht disponiblen 1000 ℛ𝓉. zu betreiben, so würde diese Erklärung nur zutreffen, wenn der Beklagte das Darlehn für den Kläger und in dessen Namen gesucht hätte, während er es nach den Zeugenaussagen für sich selbst suchte, und der Kläger nur auf Verlangen Oldörp's als Intercedent hinzutrat. Dazu kommen noch zwei, freilich nur von je einem Zeugen angegebene, Nebenumstände, welche eine Unterstützung liefern; indem der Zeuge Robrahn, welcher damals mit beiden Parteien viel verkehrt haben will, zu Art. 9 versichert, der Kläger habe ihm gesagt, daß er dem Beklagten aus brüderlicher Liebe zu der Wulfsdorfer Stelle verhelfen wolle, der Zeuge Oldörp aber zu Art. 10 u. 11 erzählt: als der Kläger ihm in Schönberg die Verschreibung ausgestellt gehabt, [14] habe der damalige Gerichtsrath Karsten zum Kläger gesagt, er solle sich nun auch ja in Lübeck eine Verschreibung von seinem Bruder geben lassen. — Die Einwendungen gegen dieses Ergebniß des Zeugenbeweises sind nicht begründet:

1) Der ganze Zeugenbeweis enthalte, insofern er auf ein, nicht vom Kläger, sondern von Oldörp nur unter Bürgschaft des Klägers gegebenes Darlehn gerichtet sei, eine unzulässige Klagänderung. Dieser Einwand würde richtig sein, wenn nach dem Inhalt der Beweisantretung der Kläger die angestellte Darlehnsklage in eine Regreßklage aus der für den Beklagten eingegangenen Intercession hätte umwandeln wollen. Das ist aber [15] keineswegs der Fall, indem der Inhalt der Beweisartikel 10—12 klar das unveränderte Festhalten an der Darlehnsklage ergiebt. Auch läßt sich nicht etwa behaupten, daß die Uebernahme einer Bürgschaft des Klägers für den Beklagten, wovon die Art. 8 u. 9 reden, und welche von den Zeugen bestätigt worden ist, mit der Darlehnsklage in Widerspruch stehe. Denn von einer

Bürgschaft des Klägers ist in jenen Artikeln nur bei Einleitung des Geschäftes mit Oldörp die Rede, wo allerdings beabsichtigt wurde, daß der Beklagte der Hauptschuldner Oldörp's und der Kläger sein Bürge werde. Im weiteren Verlaufe aber, da nach Oldörp's Angabe (zu Art. 10 u. 11) verabredet wurde, daß der Kläger ihm vor Aushändigung des Geldes eine gerichtliche [16] Obligation ausstellen solle, und da es nach der Angabe beider Zeugen hierzu wirklich kam, gestaltete sich das Verhältniß zu der andern Art der Intercession um, wonach der Kläger statt des Beklagten der alleinige Schuldner Oldörp's, und seinerseits wieder durch die Hingabe des Geldes an den Beklagten dessen Darlehnsgläubiger wurde.

2) Es stehe nicht fest, daß die jetzt streitigen 1000 Rℓ. dieselben seien, worüber mit Oldörp contrahirt worden (und worauf sich die Zeugenaussagen beziehen), der Beklagte könne, neben den ihm zur Abfindung seiner Ansprüche vom Kläger in Aussicht stehenden 1000 Rℓ., noch weitere dergleichen bedurft und als Darlehn gesucht haben. — Dieses zwar nicht vom Beklagten, aber im dem v. U. erhobene Bedenken stellt [17] sich als unbegründet dar, weil die Parteien über die Identität der fraglichen 1000 Rℓ. schon nach den Vorverhandlungen einverstanden sind. Bereits in der Klage war nämlich behauptet worden, der Kläger habe die dem Beklagten gegebenen 1000 Thlr. N$^2/_3$, weil er selbst nicht so viel Geld gehabt, seinerseits wieder von Oldörp angeliehen und Diesem darüber eine gerichtliche Pfandverschreibung ertheilt. Der Beklagte hat aber diesen Umstand nicht nur nirgends bestritten, sondern ihn vielmehr seiner Darstellung des Sachverhaltes in der Beweis-Impugnation und der Appellations-Ausführung voriger Instanz selbst zu Grunde gelegt.

3) Der Zeuge Oldörp habe zu Beweisartikel 12 geradezu die Meinung ausgesprochen, daß Kläger dem Beklagten kein Darlehn gegeben habe. Der Zeuge hat indessen, wie die Worte: „nach meiner Ansicht und soviel in meiner Gegenwart über die Sache verhandelt" klar zeigen, mit seiner Aeußerung nur kund gegeben, wie er das in seiner Gegen-

wart Verhandelte aufgefaßt habe. Diese Auffassung, eine Consequenz der oben berührten Ansicht, daß der Beklagte sein Darlehnsschuldner sei, kann um so weniger in Betracht kommen, als der Zeuge übrigens die Geld= und Forderungsverhältnisse der Parteien, seiner eigenen Angabe nach, nicht kannte....

---

## 359. Wohlers 8. Mai 1856. W241R.

1) Die Angabe der Beschwerden bei Einwendung von Extrajudicialappellationen ist nach gemeinem Recht wie in Lübeck eine bei Strafe der Desertion des Rechtsmittels zu beobachtende Förmlichkeit.

2) Nach §. 158 d. OAGO. läuft die Frist zur Nachsuchung der Restitution gegen die Desertion des Rechtsmittels von dem Tage an, wo die Partei von der Desertion Kunde erhielt.

3) Nach §. 158 d. OAGO. muß eine Partei, welche die Einwendungsfrist der Appellation versäumt hat, binnen zehn Tagen nach erlangter Kunde vom Desertionserkenntniß wider solches Restitution suchen, später ist das Gesuch unzulässig.

[2] Die Förmlichkeit, daß bei Extrajudicialappellationen die Einwendung schriftlich und unter bestimmter Angabe der Beschwerdegründe geschehen soll, ist gemeinrechtlich. Sie ist vorgeschrieben in

cap. 1. de app. in 6to.
Clem. 5 eod.

für die fraglichen Appellationen wie für die gegen einfache Interlocute, und da sie bei beiden auf demselben Grunde beruht, nämlich um bei diesen der Rechtskraft nicht fähigen Verfügungen dem Unterrichter Gelegenheit zu bieten, selbst seine Entscheidung zu ändern, so ist es von Bedeutung, daß die Reichsgesetze diese Förmlichkeit für Appellationen [3]

gegen Beiurtheile, die nicht die Kraft eines Endurtheils haben, ausdrücklich wiederholen.

NO. Tit. 4. §. 1.

KGO. Tit. 29. §. 4.

Zwar ist es richtig, daß bei älteren Juristen da, wo sie von der außergerichtlichen Appellation handeln, sich diese Förmlichkeit selten speciell erwähnt findet. Allein der Appellant irrt, wenn er das Gleiche von neueren Processualisten behauptet. Ausdrücklich findet es sich vielmehr erwähnt u. A. bei

Böhmer, Princ. iur. can., §§. 835. 840. 843.

auf welchen

Martin, Lehrbuch des Prozesses §. 283. not. c.

sich bezieht, sowie bei

Heffter, System [4] d. Civ.-Pr.-R., §. 460.

Linde, Lehrbuch, §. 413.

Derselbe, die Lehre von den Rechtsmitteln, §. 220.

indem dieser letztere Schriftsteller ausdrücklich bemerkt, daß das Verfahren bei Extrajudicialappellationen ebenso sei, wie bei Appellation von Beiurtheilen, welche nicht gleiche Kraft mit Endurtheilen haben, und zwar unter Verweisung auf

cap. 1 de app. in 6[to].

Zwar hat der Appellant eine große Anzahl von Fällen dafür in Bezug genommen und ist auch vom OG. in dessen Erklärung zugegeben, daß in Lübeck früher nicht auf Beobachtung dieser Förmlichkeit gehalten ist. Indessen genügt dies nicht, um zu beweisen, daß hier eine dem gemeinen Rechte derogirende Praxis in diesem Punkte bestehe, zumal das OG. in seiner Erklärung [5] ferner bestimmt bezeugt, daß in neuerer Zeit seit Erscheinen der definitiven OAGO. eine Aenderung darin eingetreten sei. Daß endlich in den Verordnungen über das hiesige Gerichtswesen nicht in gleicher Weise, wie dies mit den §§. der OAGO. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Nothfristen (156—160), über Nichtigkeitsbeschwerden (43. 44. 168. 169), Beschwerden über Attentate (151. 152) und Beschwerden in Ansehung der Vollstreckung (§. 153 —155) geschehen, der §. 161 auch für das OG. für anwendbar erklärt worden, erscheint unerheblich, da dieser

§. nur das gemeine Recht wiedergiebt, während jene anderen §§. theilweise specielle Bestimmungen enthalten, von denen man nicht sagen kann, daß das gemeine Recht sie ohne Weiteres mit sich [6] bringe.

Dagegen mußte die gegen den OGBescheid v. 6. März gerichtete Beschwerde des Appellanten über die Verwerfung der von ihm nachgesuchten Restitution als einer zu spät nachgesuchten für gegründet erachtet werden. Denn es ist das OG. in der Anwendung des §. 158 zu streng verfahren. Wenn nämlich

1) der §. 158 vorschreibt, daß die Restitutionsfrist von der Zeit an zu berechnen sei, wo der Nachsuchende in den Fall gekommen, auf Wiedereinsetzung anzutragen, so kann dieser Zeitpunkt im gegenwärtigen Falle kein früherer als der Tag sein, an welchem der Bescheid des OG. v. 14. Februar, wodurch die Appellation für desert erklärt worden, dem Sachführer des [7] Appellanten insinuirt worden ist, nämlich der 15. Februar, weil erst an diesem Tage er erfuhr und folgeweise seine Partei hat erfahren können, daß die Appellation desert sei, letztere sich also erst an diesem Tage in der Lage fand, Restitution nachzusuchen, wie denn dafür, daß hier nur der Zeitpunkt in Betracht zu ziehen sei, wo die Partei Wissenschaft von der Desertion erhält, das OAG. sich bereits wiederholt ausgesprochen hat. — Wenn es sich ferner

2) fragt, was in diesem Falle unter der ursprünglichen Frist zu verstehen sei, binnen welcher vom 15. Februar an nach §. 158 die Restitution hätte nachgesucht werden müssen, so hat sich der Appellant zwar durch eine ungenaue Angabe bei

Blume, OAGO., [8] Note m. zu §. 158,

zu der Meinung verleiten lassen, als sei nach der dem §. 158 vom OAG. gegebenen Auslegung unter der ursprünglichen Frist immer die Einführungs- und Rechtfertigungsfrist zu verstehen, indem das OAG. vielmehr entsprechend der Vorschrift des Deputationsabschiedes von 1600. §. 86. verbis,

„daß keinem mehr Zeit ad petitionem instituendam,

als er zuvor re adhuc integra gehabt, diesfalls nachgegeben sein solle;"

wiederholt angenommen hat, daß bei versäumter Einwendungsfrist die Restitution binnen zehn Tagen nach erlangter Kenntniß von dem Desertionserkenntnisse an nachgesucht werden müsse.

Marktklosterträger w. Gemeinträger 1835 (S. 2, 181. p. 156).

Kornträger w. fünfte [9] Trägersection, 29. März 1855 (335).

Indessen steht auch diese strengere Ansicht im gegenwärtigen Falle dem Appellanten nicht entgegen, indem das Restitutionsgesuch beim Präsidium des OG. am 20. Februar, also schon am fünften Tage nach Insinuation des Erkenntnisses vom 14. Februar übergeben, die Restitutionsfrist mithin vollständig gewahrt ist.

Sonach mußte das vorige Erkenntniß, insofern es die Restitutionsfrist abgeschlagen hat, wieder aufgehoben und die Sache an das OG. zum Erkenntnisse über die Restitution selbst zurückverwiesen werden.

---

## 360. Rath Ehefr. u. Gen. w. Höppner, 8. Mai 1856. R232R.

1) Bei Nichtbefolgung der V. v. 5. Juli 1820 §. 16, Abs. 1 dürfen die Gerichte erster und zweiter Instanz die Appellation nicht sofort für desert erklären, sondern haben zunächst die Nachholung des Versäumten binnen einer gewissen Frist bei Vermeidung der Desertion aufzulegen.

2) Liegt der Mangel der AS. nicht klar vor, und hat der Gegner die Berufungsfähigkeit nicht bestritten, so darf der Richter die Appellation annehmen (Leissau w. Pein u. Gen. Sept. 1830.) p. 5, 6.

3) Art. 20. Stat. 5, 7. berechtigt nicht zu dem Schluß, daß Vormünder, Schwäger und Blutsverwandte, wenn andere Zeugen zu haben

sind, unfähige Zeugen seien, sondern die Unfähigkeit oder Verdächtigkeit richtet sich nach gemeinrechtlichen Grundsätzen.

[2] Der Antrag der Kläger, die Appellation der Beklagten wegen unterlassener Bescheinigung der AS. für desert zu erklären, ist unbegründet. — Nach dem §. 16 des Nachtrags zur Verordnung über das Gerichtswesen hätte in diesem Falle, wo die AS. aus dem angefochtenen Erkenntnisse nicht hervorgeht, dieselbe von beiden Theilen in ihren Einwendungsschriften beim Obergerichte bescheinigt werden sollen. Keine der Parteien hat dies gethan. Wäre die Folge dieser Unterlassung die Desertion des Rechtsmittels, so wäre daher auch die Appellation der Kläger desert. Allein der ang. §. 16 knüpft an die Nichtbeobachtung seiner Vorschrift nicht die Strafe eintretender Desertion, und [3] daher darf das OG. in solchem Falle die Appellation nicht sofort abschlagen, sondern muß noch erst eine Frist zur Nachholung des Versäumten ansetzen, wie das OAG. bereits früher entschieden hat:

Klicks w. Köhn 27. März 1848. (268.)

Im gegenwärtigen Falle hat das OG. weder das eine noch das andere gethan, sondern ohne Weiteres den beiderseitigen Appellationen deferirt. Da nun beide Theile ... das beim OG. Versäumte in dieser Instanz nachzuholen versucht haben, so kann von einer Desertion der Rechtsmittel nicht die Rede sein...

]10] Der Antrag ... den Zeugen Nau als Schwager der mitklagenden Ehefrau als unzulässig zu verwerfen ... ist in der Vorschrift der Lüb. Stat. 5, 7. art. 20 nicht begründet. Wenn nämlich dieser Artikel vorschreibt: „Vormünder, Schwäger, Blutsverwandte, wann man andere Zeugen nicht haben kann, werden zu Zeugen zugelassen,“ so berechtigt dies nicht zu dem Schlusse, daß, wenn man andere Zeugen haben könne, alle gedachte Personen als Zeugen nicht zuzulassen seien. Denn bei der Allgemeinheit des Worts „Blutsverwandte,“ welche nöthigt, den Ausdruck Schwäger ebenso allgemein und für gleich bedeutend mit Verschwägerte (affines) zu nehmen, kann die Meinung [11] dieses von den Revisoren des Statuts herrührenden Artikels nicht wohl die sein, als Regel,

und abgesehen von dem angegebenen Ausnahmsfalle, alle mit einer Partei, wenn auch noch so fern, verwandten oder verschwägerten Personen für relativ unfähige, sondern nur, sie je nach der Nähe des Verwandtschafts- resp. Affinitätsverhältnisses für entweder unzulässige oder nur verdächtige Zeugen zu erklären. Da nun das gemeine Recht nach der richtigen Ansicht selbst leibliche Geschwister nicht für unfähige, sondern für nur verdächtige Zeugen erklärt, so kann um so weniger angenommen werden, daß der ang. Art. 20 den Bruder des Ehemannes einer Partei vom Zeugnisse für dieselbe ganz habe ausschließen wollen.

---

## 361. Christeinicke w. Marienkirche, 27. Mai 1856. C80W.

1) Die Vorschrift vom Stat. 5, 3. Art. 3. steht der Anstellung einer Separatklage von Seiten des bisherigen Beklagten nicht entgegen, und ebensowenig kann gemeinrechtlich behauptet werden, während der Anhängigkeit einer Klage dürfe der Beklagte den Kläger nicht belangen. p. 3. 4.

2) Sind verzögerliche Einreden vor dem ersten Urtheil beseitigt, so darf um deswillen die Klage nicht mehr abgewiesen werden.

3) Die Einrede der Rechtshängigkeit wird durch die mindestens bis zur unbedingten Einlassung auf die erhobene Klage oder Widerklage, richtiger bis zur unabänderlichen Feststellung der Bedingungen einer endlichen Entscheidung zulässige Rücknahme derselben beseitigt. — Die Rücknahme braucht nicht zu den Acten des früheren Processes zu erfolgen. p. 16. 17.

4) Die Einlassung auf eine verbesserte Klage darf nicht um deswillen verweigert werden, weil die Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erstattet seien.

5) Nach vom OAG. wiederholt anerkannter lübeckischer Praxis zieht das Unterlassen eventueller Einlassung neben vorgeschützten dilatorischen Einreden kein Präjudiz in der Hauptsache nach sich. Vielmehr ist bei Verwerflichkeit jener Einreden die hauptsächliche Einlassung aufzulegen, mit welcher etwaige peremtorische Einreden verbunden werden dürfen, während weitere dilatorische Einreden ausgeschlossen sind.[1]) p. 18.

[8] Die in der Replik des jetzigen Processes erklärte Zurücknahme der früheren Wiederklage konnte nicht für verspätet erachtet werden, da, wie das OAG. schon früher angenommen hat, eine dilatorische Einrede, welche vor dem ersten Urtheil ihre Erledigung gefunden hat, die Abweisung der Klage nicht mehr begründet. Mit dieser Zurücknahme würde aber das früher eingeleitete Wiederklageverfahren definitiv aufgehoben. Zwar ist [9]

1) eingewendet worden, eine einmal rechtshängig gewordene Klage könne vom Kläger nicht mehr einseitig aufgegeben werden, ohne zugleich auf sein Klagrecht selbst zu verzichten. Diesem von einigen neueren Schriftstellern

Lindelof in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 5, S. 415 f.

Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 289 ff.

allerdings aufgestellten Satz.... konnte jedoch nicht beigepflichtet werden. Der dafür geltend gemachte Grund, daß der Beklagte schon von der Mittheilung der Klage an das Recht habe, im Fall eines klägerischen Ungehorsams den Proceß einseitig fortzusetzen, [10] ist unzutreffend, da hieraus nicht folgt, daß bei einem ausdrücklichen Aufgeben der Klage dasselbe gelten müsse. Dies anerkennend hat auch

Planck, Lehre vom Beweisurtheil S. 354 Not. 2.

seine Ansicht bereits zurückgenommen. Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, daß, so lange auf eine Klage nicht entweder definitiv erkannt ist, oder doch die Bedingungen

[1]) Pantaenius w. Thee Nov. 1836.
Plitt w. Belfour Ellah 2c. Apr. 1855 (Nr. 338, 2). S. j. CPO.

der endlichen Entscheidung unabänderlich festgestellt sind, es dem Kläger nicht benommen sein kann, sein Klagrecht auf einem anderen, als dem bisher versuchten Wege, geltend zu machen. Befindet sich der Rechtsstreit noch in der Lage, daß der Richter die Klage angebrachter Maßen verwerfen kann, so ist nicht abzusehen, warum der Kläger nicht durch freiwilliges Zurücknehmen der Klage dasselbe [11] Resultat sollte herbeiführen können. Darüber, daß eine Klage mindestens bis zu erfolgter Einlassung des Beklagten zurückgenommen werden könne, um sie in verbesserter Form von neuem anzustellen — was sich folgerichtig schon aus den Grundsätzen von Veränderung der Klage (vgl. Statut 5, 3. Art. 1.) ergiebt — waltet auch in der Doctrin und Praxis, abgesehen von der obigen isolirten Ansicht, gar kein Streit ob, indem die meisten Schriftsteller die Befugniß zu solcher Zurücknahme entweder ganz unbestimmt hinstellen, oder selbst noch nach der Einlassung anerkennen,

Carpzov, Jurispr. for. P. I, c. 11, def. 9.
Seyfart, Reichsproc. C. 1. §. 18. z. E.
Stein, Lüb. Recht. Th. 4, §. 12.
Claproth, Ord. Proc. §. 133.
Danz, Ord. Proc. (A. v. Gönner) §. 503.
Glück, Comm. 6, S. 206.
Martin, Lehrb. §. 320, Not. a.
Heffter, System. §. 506.
Sintenis, Erläuterungen, S. 207—210.

[12] Andere die unbedingte Einlassung auf die Klage,

Bayer, Aenderung des Klaglib. §. 27, 28.
Vorträge A. 8. S. 550 f.
Schmidt, Handb. 2, S. 108 f.
Wetzell, System S. 88.

Andere das rechtskräftige Beweisinterlocut als Endpunkt der Befugniß bezeichnen.

Planck, Beweisurtheil S. 354 f.

Am wenigsten kann die Befugniß des Klägers bezweifelt werden, wenn der Beklagte, wie hier, durch Vorschützen einer dilatorischen Einrede selbst die Zulässigkeit des eingeschlagenen Verfahrens bestritten hat, und der Kläger durch die Wahl

2*

einer anderen [13] Klagform dem erhobenen Hinderniß entgehen kann, indem das Versagen dieser Wahl nur dazu führen würde, entweder erst noch eine entbehrliche richterliche Entscheidung über die dilatorische Einrede hervorzurufen, oder dem Kläger sogar, wie in einem Fall der vorliegenden Art, die Verfolgung seines Rechtes auf unbestimmte Zeit hinaus ganz unmöglich zu machen.

2) Der weitere Einwand, daß die jetzige Beklagte durch die in dem vorigen Proceß abgegebene Erklärung: sie lehne nach Statut 5, 3. Art. 3. die Einlassung auf die Wiederklage für jetzt ab, bereits ein Recht auf Aussetzung der Verhandlung erworben habe, welches ihr vom Kläger nicht willkührlich wieder entzogen werden könne, ist.... unbegründet. Durch Vorschützen einer dilatorischen [14] Einrede — und etwas Anderes ist jene Erklärung nicht — wird kein neues Recht für den Beklagten geschaffen, sondern nur ein schon bestehendes ausgeübt. Ging also die gesetzliche Bestimmung dahin, daß die Beklagte sich auf eine gleichzeitige Wiederklage nicht einzulassen brauche, so konnte die Berufung hierauf doch eben nur diese Art der Verhandlung abwenden, nicht aber der Beklagten das erweiterte Recht verleihen, jede gleichzeitige Verhandlung über den Anspruch des Gegners, auch wenn er gar nicht im Wege der Reconvention, sondern im Wege der Separatklage verfolgt werden sollte, ablehnen zu dürfen...

[15] Die Behauptung, der Verzicht auf die Wiederklage könne die Beklagte nicht eher zur Einlassung auf die jetzige Klage verbinden, als bis ihr die durch die Wiederklage verursachten Kosten ersetzt seien, war zu verwerfen.... Denn die Ansicht, daß die Litispendenz bis zur Erstattung der fraglichen Kosten fortdauere, weil das wegen der letzteren etwa erforderliche Executionsverfahren einen Theil des früheren Processes bilde, ist unhaltbar, da die Einrede der Litispendenz nur verhüten soll, daß nicht gleichzeitig eine doppelte Proceßverhandlung über den nämlichen Gegenstand geführt werde, der Anspruch auf Kostenersatz aber, wenn auch aus dem beendigten Proceß entstanden, doch ein von der abermals zu verhandelnden [16] Hauptsache ganz

verschiedener und unabhängiger ist. Auch [16] als selbstständige Einrede aufgefaßt würde übrigens das Verlangen vorgängiger Kostenerstattung unbegründet sein, da es gemeinrechtlich an einer desfallsigen Vorschrift fehlt, und die Pflicht, Contumacialkosten vor Zulassung zu ferneren Schritten in demselben Rechtsstreit zu erstatten,

l. 15. C. de judic. (3,1.) Nov 112. c. 3. §. 2.

sich auf das Verhältniß eines beendigten zu einem neuen Processe nicht ausdehnen läßt.

Gensler, Handb. Abschn. VI. §. ff. Not. 422.

---

## 364A. Kaping w. Kemp, 15. April 1856. K217V.

Dunkelheiten in Aussagen von Zeugen sind durch wiederholte Vernehmungen derselben aufzuklären.

Da in der zu Fr. 1 von dem Zeugen Röge ertheilten Antwort die Worte, „er wisse auch von seinem Schwager Kock" über den Grund der hier eingezeugten Wissenschaft Zweifel lassen; auch bei dem ferner vorkommenden Worte „und das sei viel länger als zehn Jahre" über den Zeitpunkt, von welchem an gedachter Zeitraum zu berechnen sei, in den Gründen zum Erkenntniß des OG. d. fr. HSt. L. vom 12. Oktober 1854 p. 11 z. E. ein Bedenken erhoben ist; so erkennt ꝛc. für Recht:

daß vor Abgabe eines Urtheils auf die Appellation des Beklagten zunächst in einem von dem Landgericht anzuberaumenden Termine der Zeuge Röge über seine zu Fragestück 1 gegebene Antwort anderweit dahin zu befragen sei,

1) ob Zeuge selbst wahrgenommen habe, daß sein Schwager Kock während der Zeit, wo dieser die Halbhufe besessen, über die fraglichen Parcellen am Seekamp in gleicher Weise gefahren sei, wie Zeuge solches von sich behauptet hat;

2) was Zeuge mit den Worten seiner Aussage, „und das sei viel länger als 10 Jahre" gemeint habe.

## 364B. Kaping w. Kemp, 17. Juni 1856. K220V.

1) Bei der Ersitzung einer Servitut durch Ausübung während zehn Jahre ist weder nothwendig, daß dieser Zeitraum der Klagerhebung vorangeht, noch daß die Ausübung in die Besitzeszeit des Klägers falle.

2) Auf die Aussage eines classischen Zeugen hin kann beim Abgang von Gegenbeweisgründen ein Erfüllungseid erkannt werden.

Das vorige Erkenntniß konnte weder aus dessen [2] Gründen, noch aus dem in dem LGU. v. 10. März 1854 ersichtlichen Grunde, noch aus den Gründen bestätigt werden, welche der Kläger hiefür geltend gemacht hat.

Denn:

1) wer sich auf den Erwerb einer Servitut mittelst Ersitzung beruft, muß zwar deren ununterbrochene Ausübung mittelst geeigneter Besitzeshandlungen während eines Zeitraumes von 10 Jahren darthun. Es ist aber nicht nothwendig, daß gedachter Zeitraum der Klaganstellung unmittelbar vorhergehe, oder doch in die Besitzeszeit dessen falle, welcher besagten Entstehungsgrund der Servitut für sich in Anspruch nimmt. Dieser Rechtssatz hat in dem OG.-Erkenntn. vom 8. Sept. 1853 Anerkennung gefunden, der betreffende Beweissatz ist demgemäß festgestellt, und [3] mithin, wie bereits in den Gründen zum v. U. ausgeführt, der einzige Grund, aus welchem das LG. unterm 10. März 1854 den Beweis für nicht bis zum Erfüllungseide erbracht erklärt, unhaltbar, da es auf Besitzeshandlungen aus der Zeit, während welcher Beklagter Eigenthümer des angeblich herrschenden Grundstücks gewesen, nicht ankommt, sobald die Ersitzung schon vor solcher Zeit vollendet sein sollte.

2) Für diese Thatsache liegt nur ein Beweis in der Aussage des Zeugen Röge. Fehlte also diesem Zeugen die Classicität, oder erschöpfte dieselbe das Beweisthema nicht in allen Punkten, oder würde deren Inhalt durch Gegenbeweismomente geschwächt, so würde, von neuen Beweismomenten abgesehen, von einem dem Beklagten, [4] wie er verlangt,

aufzuerlegenden Erfüllungseide nicht die Rede sein können. Anlangend nun zunächst

3) die in der Aussage von Saß von dem Kläger gefundenen Gegenbeweismomente, so sind dieselben in den Gründen zu den v. U. mit Recht unberücksichtigt geblieben. Es steht nicht fest, zu welcher Zeit der Zeuge auf des Beklagten Hufe gewohnt, ob, wann und wo er solchem Felddienste zu leisten gehabt; und selbst dann, wenn alles dieses festgestellt wäre, würde damit nur ein schwaches Moment wider eine Ausübung der Servitut durch Beklagten gewonnen sein, und Röge's Aussagen würden hievon überall nicht berührt. Ganz unerheblich ist es aber, wenn Saß hinzufügt, er kenne nur die öffentlichen Wege, den Kirchen- und Stadtweg, und ebenso, wenn Vorstädt, welcher in Blankensee [5] geboren sein soll, des Beklagten, oder seiner Vorbesitzer Fahren über Klägers Parcellen nicht gesehen haben will. Nicht minder mußten

4) die Einwendungen des Klägers wider Röge's Person aus einem doppelten Grunde verworfen werden. Und zwar:

a) deshalb, weil sie in der Beweisanfechtungsschrift nicht vorgeschützt sind, ihr Vorbringen in den höheren J. mithin verspätet erscheint;

b) deshalb, weil eine Regreßpflicht des Zeugen gegen seinen Käufer Kaping, betr. die fragliche Gerechtigkeit, nicht vorliegt, und die dem Zeugen beigemessene Vorliebe für seine ehemalige Hufe ein Umstand ist, welcher dem Eide des Zeugen gegenüber juristisch bedeutungslos ist. Sodann mußte in Betreff des Inhaltes der Aussage [6] des Zeugen Röge

5) die Ansicht des Klägers, gedachte Aussage enthalte kein Zeugniß für das „dem Halbhufengute zustehende Recht" als unbegründet verworfen werden. Röge sagt ausdrücklich, „er habe das Fahren für ein Recht gehalten," und zwar theils als Antwort auf den ihm mitgetheilten Beweissatz, theils auf Frage 7. Er bejaht also die Frage, daß der Halbhufe seiner Meinung nach das Recht zugestanden, und es kommt überall nicht darauf an, ob diese Meinung auf ausreichenden Motiven beruhte, sondern nur auf deren Existenz. Es ist daher gleichgültig, wenn Zeuge als Motiv theils bei

der Antwort auf den Beweissatz geltend macht, seine Nachbaren hätten es ebenso gemacht, theils zu Frage 4 desfalls auf das Fahren Fremder aus anderen Dörfern über die fraglichen Parcellen Bezug nimmt. [7] Denn wenn ihn auch diese Umstände zu der von dem Beklagten in der Duplikenschrift geltend gemachten und in dem Beweisinterlocut unberücksichtigt gebliebenen Auffassung, daß Jedermann berechtigt sei, über die unbestellten Parcellen am Seekamp zu fahren, nicht aber zu der, daß solches ein specielles Recht seiner Halb- oder der übrigen Hufen-Güter sei, mehr berechtigen mochte, so kommt es doch nicht hierauf, sondern nur darauf an, was er beim Fahren gedacht, und dieses war, seiner wiederholten Erklärung zufolge, die Ausübung eines seiner Halbhufe zustehenden Rechtes. Sodann konnte

6) der Auffassung der vorigen Urtheilsverfasser, das erste Erkenntniß müsse um deswillen bestätigt werden, weil in der Aussage des Zeugen Röge [8] zwar wohl eine geeignete Ausübung der Servitut während der Besitzeszeit des Zeugen theils in eigenem Namen, theils als Administrator für die Wittwe Kock zu finden sei, nicht aber ein zuverlässiges Zeugniß für die Ausübung von Seiten Kock's während zweier vorhergehender Jahre, nicht beigepflichtet werden. Denn wenn in den Gründen zum v. U. S. 11. hervorgehoben wird, die Worte „er wisse auch von seinem Schwager Kock, dem die Stelle vorher gehört, daß er ebenso gefahren sei, und das sei viel länger als 10 Jahre" seien in doppelter Beziehung dunkel, und zwar:

a) darin, daß nicht ersichtlich sei, ob gedachtes Wissen auf einem Sehen oder auf einem Hören beruht habe;

b) darin, daß nicht erhelle, von welchem Zeitpunkt rückwärts der Zeuge die erwähnten [9] 10 Jahre gerechnet, ob vom Tage seiner Vernehmung oder von welchem sonst;

so konnte keinenfalls der hieraus gezogenen Folgerung, daß der Beweis verfehlt sei, beigetreten werden, da auf dunkle Zeugenaussagen nicht sofort zu erkennen, sondern zuvörderst zu versuchen ist, ob die Dunkelheit sich nicht aufhellen lasse. Es war daher, wie mittelst Erkenntnisses vom 15. April d. J. geschehen, zuvörderst eine abermalige Vernehmung des

Zeugen Röge zu veranlassen, und da dieselbe theils ergeben hat, daß das Fahren aus der Besitzeszeit von Kock theils von dem Zeugen selbst wahrgenommen, theils sogar in eigener Person für Kock ausgeführt worden sei; wie nicht minder, daß die Erwähnung der 10 Jahre in [10] der Antwort zu Frage 1 sich auf die Zeit bezogen habe, während welcher seine Schwester mit Kock verheirathet gewesen sei, und das fortgesetzte Fahren über die fraglichen Parcellen stattgefunden habe — so ergiebt sich nunmehr aus dieser vervollständigten Aussage, daß für eine geeignete Ausübung der Servitut während der Besitzeszeit von Röge und seinem Vorgänger Kock von einer längeren Dauer als zehn Jahre die Aussage eines classischen Zeugen vorliege, welche dahin führt, daß dem Beklagten der Erfüllungseid dahin auferlegt werden mußte, „daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht anders wisse und nicht anders glaube, als daß seine Vorgänger im Besitze der Halbhufe, Röge und Kock, während eines Zeitraums von mindestens 10 Jahren, über die Parzellen des Klägers am Seekamp, soweit solche nicht mit Saaten bestellt gewesen, offen und unverhindert, wie vermöge eines ihrer Halbhufe zustehenden Rechtes, gefahren seien"...

---

## 365A. Mounsey Janson u. Co. w. Krüger u. Co., 17. Juli 1856. M296V.

1) **Wenn durch eine Beweisauflage die factisch liquide Einrede verspäteter Lieferung verworfen ist, und Kläger gegen die Beweisauflage appellirt, so kann Beklagter wegen Verwerfung der Einrede adhäriren. Denn derselbe Theil des Erkenntnisses steht in Frage:** OAGO. §. 135; Bek. v. 13. Aug. 1831.[1]) p. 3. 4.

2) **Die Nichteinhaltung eines festgesetzten Lieferungstermins befugt der Regel nach nicht,**

---

[1]) S. j. CPO.

eine spätere Lieferung als eine vertragswidrige zurückzuweisen, sondern hat nur die gewöhnlichen Folgen des Verzugs.

3) Die Regel, daß ein Kaufmann der von auswärts kommenden wegen Mängel zur Verfügung gestellten Waare vorläufige Aufnahme stets zu gewähren habe, gilt nicht ausnahmslos. Die Verpflichtung fällt weg, wenn dem Absender triftige Gründe der Nichtaufnahme mitgetheilt, und von diesem unberücksichtigt gelassen sind.

4) Bei der Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags, es mögen versprochene oder selbstverständliche Eigenschaften vermißt werden, trifft die Beweislast der gehörigen Erfüllung den Kläger. Führt er ihn durch Nachweis der Billigung mittelst unbeanstandeten Empfangs der Waare, so hat nunmehr der Empfänger darzuthun, daß die Genehmigung auf Irrthum beruht habe, welcher durch der Nachweis von Fehlern zur Zeit der Ablieferung geführt werden kann.

5) Neben einem selbstständig ergriffenen Rechtsmittel kann dem des Gegners adhärirt werden.

6) Ein Fabrikant befreit sich von übernommenen Verbindlichkeiten nicht durch den Nachweis, daß er die betreffende Bestellung seiner Arbeitern gehörig aufgetrage habe, sondern haftet für deren Ausführung. p. 34.

Krüger u. Co. schlossen mit der LBD. zu Lübeck einen Vertrag, nach welchem sie am 1. April 1851 Laschen von genau bestimmter Beschaffenheit dergestalt zu liefern sich verpflichteten, daß bei Nichteinhaltung des Termins oder mangelhafter Leistung ihr Recht aus dem Vertrag erloschen sein, ihre Verpflichtungen bei Kräften bleiben sollten. Sie schlossen ihrerseits wiederum selbstständig über die Anfertigung mit Mounsey ab, ohne sich buchstäblich an ihren Vertrag mit der LBD. zu halten. Nach vorgängiger Absendung von Probelaschen gingen die Sendungen in

3 Schiffen an Krüger u. Co. ab. Eins verunglückte, ein zweites, Truth, Capt. Laws, kam einige Tage nach dem 1. April an, die Ladung ward jedoch von der EBD. als unprobemäßig zurückgewiesen, ein drittes, Tryntje, Capt. Liberg, hatte unterwegs Havarie, kam mit Bodmerei beschwert erst im Mai an, ward von Krüger u. Co. nicht aufgenommen, sondern die Laschen in Auction verkauft. M. klagte gegen K. auf Zahlung, K. erhob eine Wiederklage auf Schadenersatz, auf welche nach Stat. 5, 3. Art. 3 bis zur Erledigung der Vorklage die Einlassung verweigert, in dem Hauptproceß aber vom RG. am 31. Juli 1854 dahin erkannt ward: „die Kläger werden mit ihrer Klage, soweit sie auf Bezahlung der mit Capt. Liberg verladenen 4910 Stück Laschen gerichtet ist, ab- und zur Ruhe verwiesen; dagegen anlangend die mit Capt. Laws gelieferten 9230 Stück, sowie die im Februar eingesandten 50 Stück Probelaschen, haben sie innerhalb Ordnungsfrist, den Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht zu beweisen: in Beziehung auf die mit Capt. Laws gelieferten 9230 Stück,

1) daß sie von eben so gutem Material, wie die eingesandte mit best Derwend bezeichnete Eisenprobe, angefertigt worden und sich im Bruch ebenso präsentiren;

2) daß sie genau nach der von den Beklagten eingesandten Schablone gearbeitet sind, in der Weise, daß sie genau in die Oeffnung der Platte hineinpassen, aus der die Schablone herausgeschlagen ist;

3) daß ihr Gewicht nicht schwerer als $23^2/_3$ Lübeckische oder $25^{11}/_{45}$ Englische Pfunde per Stück ist, das Mehrgewicht auch nicht drei Procent übersteigt;

4) daß sie glatt und sauber gearbeitet sind, keine Risse, Abblätterungen oder Walznähte oder sonstige unebene Spuren vom Walzwerk zeigen, auch die Enden rechtwinklig und ohne hervorspringende Ränder sind;

in Beziehung auf die 50 Stück Probelaschen jedoch allein die unter 1 und 3 gedachten Beweise.

Auf Appellation der Kl. und Adhäsion der Bekl. hat das OG. (J. F. Jena) am 29. März 1855 den Beklagten den Beweis der Fehlerhaftigkeit dahin auferlegt:

a) daß die durch Capt. Laws ihnen von den Klägern zugesendeten 9230 Stück eiserne Laschen im Bruch ein viel schlechteres Material zeigten, als die ihnen von den Klägern zugesendete, mit best Derwend bezeichnete Eisenprobe;

b) daß diese Laschen nicht rechtwinklig abgeschnitten, sondern schief durchgestampft und dabei ganz aus der Form gebogen waren;

c) daß sie dicker waren, als die durch die Beklagten den

Klägern zugesendete Schablone, und daß sie nicht in den Ausschnitt dieser Schablone hineinpassen;

d) endlich, daß sie zum großen Theil schiefrig und uneben gearbeitet waren, und unebene Stellen und Spuren am Walzwerk zeigten." —

Auf Appellation beider Theile und Adhäsion der Bekl. hat OAG. das erste U. mit dem Zusatz zum dritten Beweissatz hergestellt:

„daß die Länge der Laschen 15 Zoll rheinl. betragen habe."

[4] Es kommt zunächst auf die Beantwortung der Frage an, ob Kläger überhaupt, sowie mit welcher Bedeutung sie übernommen haben, am 1. April 1851 die Laschen in Lübeck zu liefern. Daß gedachtes Datum als Lieferungstermin [5] überall nicht mehr in Betracht komme, ist eine irrige Auffassung der Kläger [wie aus der Correspondenz 5—7 weiter entwickelt wird].

Es fragt sich daher ferner, ob der 1. April unter den Parteien als Bedingung des Geschäftes ausdrücklich oder stillschweigend dergestalt vereinbart worden, daß die Nichteinhaltung dieser Zeitbestimmung den Beklagten das Recht geben konnte, eine spätere Lieferung als eine andere anzusehen und zurückzuweisen. Nun unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß, wenn die Beklagten [8] ihren mit dem Eisenbahndirector Schäffer am 26. Dec. 1850 abgeschlossenen Vertrag, insonderheit dessen §. 4 den Klägern mitgetheilt und solchen §. für den zwischen Klägern und Beklagten endlich abzuschließenden Vertrag als maßgebend erklärt hätten, und diese Erklärung von den Klägern angenommen wäre, eine Nichteinhaltung des Lieferungstermins von Seiten der Kläger, gleichgültig, ob durch ihr Verschulden oder durch Zufall herbeigeführt, die ebengedachte Berechtigung für Beklagte herbeigeführt haben würde. Ebensowenig mag es bezweifelt werden, daß die Beklagten bei Eingehung des Vertrages mit den Klägern von der gedachten Ansicht über die Bedeutung des Lieferungstermins ausgegangen sein mögen, da sich sonst nicht begreifen ließe, wie sie, ohne selbst gedeckt zu sein, sich zu der im [9] ang. §. 4 dem Eisenbahndirector gegenüber übernommenen Verpflichtung haben verstehen können. Eine ganz andere Frage aber ist es, ob sie ihre Ansicht den Klägern in einer so erkennbaren Weise kundgegeben haben, daß diese über die Verpflich-

tung, welche sie übernähmen, klar sein mußten. Diese Frage war aber zu verneinen. Denn wenngleich bei Staatspapieren und anderen Gegenständen des gewöhnlichen Verkehrs und der Speculation von bestimmtem Marktpreis auch ohne die Erlöschungsclausel aus den Umständen bzw. den gebrauchten Worten die stillschweigende Ansicht der Contrahenten, eine verspätete Lieferung als eine von der bedungenen verschiedene anzusehen, entnommen werden kann, so lassen sich doch diese Grundsätze auf andere Vertragsgegenstände nur dann anwenden, wenn [10] jene Absicht der Parteien aus den Umständen unzweifelhaft hervorgeht; und muß es, wo dieses nicht der Fall, bei der Regel des gemeinen Rechtes, daß die Nichteinhaltung eines zur Leistung festgesetzten Termines nur die regelmäßigen Folgen des Verzuges herbeiführe, verbleiben. Als ein solcher Fall war der vorliegende zu betrachten [wie 10—12 weiter entwickelt wird]...

[14] Anlangend nun die gewöhnlichen Folgen des Verzuges, so kommt es auf dieselben

A) in Betreff der Ladung per Tryntje rechtlich nicht weiter an, weil anzunehmen war, daß Beklagte auf Grund des den Bevollmächtigten der Kläger in Beantwortung des beklagtischen Schreibens v. 1. Mai treffenden Verschuldens von jeder Verpflichtung, den Facturabetrag dieser Ladung nebst Zinsen zu bezahlen, freizusprechen seien. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß der Käufer einer von auswärts kommenden Waare, wenn er dieselbe wegen Mängel dem Verkäufer zur Verfügung stellt einem auf Treu und Glauben basirten kaufmännischen Herkommen zufolge, verpflichtet [15] ist, die Waare vorläufig aufzunehmen, auch die auf solcher haftenden Lasten, insofern dieselben den Werth der Waare nach deren Marktpreis nicht übersteigen, einstweilen zu verlegen, insofern nicht ein anderer Geschäftsführer des Verkäufers mit oder ohne Auftrag desselben sich dieser Obliegenheiten unterzieht. Es mußte jedoch, auch abgesehen von dieser Ausnahme, angenommen werden, daß die in gedachtem Rechtssatz enthaltene subsidiäre Verpflichtung keine absolute sei, sondern ein Käufer unter Umständen sich von jener Verpflichtung befreien könne, nämlich dann, wenn er aus Gründen zeitig seinen Gegner

darauf aufmerksam macht, er werde sich der Waare überall nicht, oder nur unter gewissen Bedingungen annehmen, und solchergestalt dem Verkäufer die [16] Möglichkeit darbietet, entweder jene Bedingungen zu erfüllen oder in anderer Weise für die Aufnahme der Waare Vorkehrungen zu treffen. Gründe zur Einhaltung eines solchen Verfahrens waren aber für die Beklagten vorhanden. Sie hatten ihrer Ansicht nach die Probelaschen probewidrig angefertigt erhalten und desfalls schon vor Ankunft der Ladung per Truth am 2. April 1851 den Klägern wie deren Bevollmächtigten geschrieben, sie müßten dieselben für allen Schaden, welcher durch Ausschießen wie durch Umarbeiten für sie entstehen würde, verantwortlich machen. Nach Ankunft der genannten Ladung per Truth schrieben die Beklagten theils am 10. April an Derham, daß der Eisenbahndirector wegen unaccurater Arbeit und schlechter Qualität der Laschen nicht ein Stück acceptiren wolle, und machten sein Haus [17] für allen Schaden aus der mangelhaften Lieferung verantwortlich; nicht minder schrieben dieselben am 14. April den Klägern, daß die Laschen durchweg nicht nach Vorschrift ausgefallen, bezeichneten die Mängel und bemerkten, daß die Laschen gar nicht zu gebrauchen seien, und ersuchten dieselben, eine Person mit umfassenden Vollmachten nach Lübeck zu senden. Die Kläger erwiderten am 19., daß sie Derham mit Abmachung der Angelegenheit betraut hätten, eine Correspondenz mit diesem, in welcher am 17. mitgetheilt ward, daß die Direction definitiv den Bescheid ertheilt, sie betrachte die ganze Lieferung als verfehlt, entspann sich, der gedachte Bevollmächtigte kam nach Lübeck Ende April, eine Abmachung der Sache wurde jedoch nicht erzielt. Wenn nun Beklagte, wegen der ganzen Lieferung dem Vorstehenden zufolge mit Klägern in vollständiger Disharmonie, und ihrer Ansicht nach den Klägern nicht blos zum Empfang der Laschen nicht verpflichtet, sondern sogar wider dieselben zu bedeutenden Entschädigungsforderungen berechtigt, und von ihrem Standpunkt aus mit Recht von der Ansicht ausgehend, der Lieferungsrest werde nicht von anderer Qualität sein, als das bereits angekommene große Quantum, am 1. Mai 1851 an Derham schrieben, „die Tryntje könne jeden

Augenblick eintreffen: da aber Havariekosten, Canalzoll, Fracht u. s. w. den Betrag der Ladung übersteigen würden, so müßten sie Anstand nehmen, dieselbe zu empfangen, wenn ihnen nicht die gehörige Garantie für Schadloshaltung geboten werde," — so mußte ein derartiges Verlangen um so mehr gerechtfertigt erscheinen, [19] als aus den Acten nicht erhellt, daß den Beklagten schon damals der Betrag der außerordentlichen, auf der Ladung haftenden Lasten bekannt gewesen sei. Der Bevollmächtigte der Kläger war daher verpflichtet, auf diesen Brief sofort zu antworten und die Garantie zu leisten, oder einen andern Bevollmächtigten zur Aufnahme der Waare gegen Abbürdung der auf solcher ruhenden Lasten zu bestellen. Statt dessen hat er erst am 27. Mai geantwortet, und zwar dahin, „sein Haus sei bereit, den Durchschnittsantheil wegen der Havariekosten zu übernehmen, welcher dem Capitän nach englischen Gesetzen zukomme" — mithin selbst damals die verlangte Garantie nicht geleistet. Er hat also durch dieses schuldvolle Verhalten den Verkauf der Ladung herbeigeführt, und mithin sein Haus den hierdurch verursachten [20] Verlust selbst zu tragen. Alles, was von den Klägern hiegegen geltend gemacht wird, Derham's mangelnde Zahlungsmittel, sowie die Unmöglichkeit, so schleunig Geld von England zu beziehen, ist werthlos. Denn wenn es, wie kaum glaublich, dem Bevollmächtigten an Geld oder Credit gefehlt haben sollte, so war jedenfalls die Zeit von 14 Tagen ausreichend, um Geldmittel aus England herbeizuschaffen, da der Verkauf der Ladung erst in der zweiten Hälfte des Monats Mai stattgefunden hat...

[21] B) In Betreff der Ladung per Truth sind, abgesehen von der oben widerlegten Befugniß zur gänzlichen Zurückweisung, besondere Folgen des Verzuges von den Beklagten zur Zeit nicht geltend gemacht, weder Entschädigungsansprüche noch Anträge auf Aufhebung des Geschäfts, zu welchen letzteren sie unzweifelhaft befugt gewesen sein würden, wenn sie zu behaupten und nachzuweisen im Stande gewesen wären, daß die Eisenbahndirection diese Ladung wegen Verspätung abgelehnt habe. Alles kommt in Betreff derselben mithin darauf an, wie der Einwand, daß die Ladung sowie

die Probelaschen contractwidrig gewesen, zu beurtheilen sei. In dieser Beziehung war nun den vorigen Urtheilsverfassern nicht beizupflichten, vielmehr der Beschwerde der Beklagten dahin, [22] daß ihnen der Beweis der Nichterfüllung des Contractes in dem vorigen Urtheil auferlegt, und nicht vielmehr bezüglich der Beweislast, wie des Beweisthema's, das erste Urtheil bestätigt worden sei, zu entsprechen. Anlangend nämlich zunächst die Beweislast, so hat, wie von dem OAG. wiederholt erkannt worden, ein Verkäufer, es mag ihm nun entgegen gehalten werden, er habe überall nicht, oder er habe nicht gehörig erfüllt, es mögen in letzter Beziehung versprochene oder selbstverständliche Eigenschaften der Waare vermißt werden, den Beweis der Erfüllung zu liefern. Er kann diesen Beweis u. A. auch dadurch führen, daß er eine Billigung der Waare von Seiten des Käufers mittelst unbeanstandeten Empfangs derselben darthut. Hat dieser stattgefunden, so [23] handelt es sich nunmehr für den Käufer um Beseitigung der auf einem Irrthum beruhenden Genehmigung, einen Beweis, welcher den Käufer trifft, und von ihm u. A. dadurch geführt werden kann, daß er das Vorhandensein von Fehlern z. Z. der Ablieferung darthut. Ein Empfang der Waare, welcher die Beklagten als Käufer beweispflichtig machen könnte, hat aber nach Inhalt ihrer obgedachten, an die Kläger, resp. deren Bevollmächtigten, gerichteten Zuschriften vom 2., 10. und 14. April überall nicht stattgefunden, und sind mithin in dem ersten Urtheil mit Recht die Kläger zunächst für beweispflichtig erklärt werden. Auch ändert es hieran nichts, daß im vorliegenden [24] Fall nicht ein Verkauf nach Probe, sondern die Anfertigung eines Fabrikats nach Muster, aus einem Material, von welchem eine Probe gegeben war, stattgefunden hat. Denn auch in einem derartigen Fall hat zunächst der Fabrikant darzuthun, daß die von ihm gelieferte Waare probe- und mustermäßig sei, und wird es Sache der Sachverständigen, bzw. des endlich erkennenden Richters sein, zu prüfen und darüber zu entscheiden, in wiefern kleine Abweichungen von dem Muster als erheblich anzusehen sind.

Anlangend sodann die Fassung der den Klägern oblie-

genden Beweise, so mußte das RGU. hergestellt und überdies dem Verlangen der Kläger, daß die Laschen genau die Länge von 15 Zoll rheinl. hielten, entsprochen werden. [Dies wird sodann 25—31 im Einzelnen gerechtfertigt.]

[31] Zum dritten Beweissatz haben die Kläger auf dem Wege der Adhäsion das Verlangen gestellt, den Beweissatz dahin zu formuliren, daß Kläger nicht Sorge dafür getragen hätten, daß die Laschen in der gedachten Weise bearbeitet würden. Die formelle Zulässigkeit der Adhäsion neben einem selbstständig wider ein Erkenntniß ergriffenen Rechtsmittel war zu bejahen. Denn die Zulassung der Adhäsion beruht [32] darauf, daß eine Partei sich bei einem Erkenntnisse beruhigen kann, in der Voraussetzung, daß auch der Gegner dasselbe nicht angreife, daß sie aber beim Wegfall dieser Voraussetzung durch die vorläufige Beruhigung nicht gehindert sein soll, in Betreff der durch den Gegner von der Rechtskraft entbundenen Entscheidung auf eine Berichtigung zu ihren Gunsten zu dringen. Steht nun die Beruhigung bei dem ganzen Inhalt eines Erkenntnisses einer solchen Befugniß nicht entgegen, so kann auch die Beruhigung bei einem Theil desselben nicht anders beurtheilt werden. Eine Partei kann Anlaß haben, gegen einzelne Theile des Erkenntnisses unbedingt und selbstständig zu appelliren, bei anderen aber sich in der Voraussetzung zu beruhigen, daß auch die Gegenpartei dieselben [33] der Rechtskraft überlassen werde: sie kann deshalb, um nicht unnöthige Streitpunkte vor den Oberrichter zu ziehen, sich mit gutem Grunde enthalten, ihre Appellation hierauf zu erstrecken. Tritt aber diese Voraussetzung nicht ein, so muß ihr dem Rechtsmittel des Gegners gegenüber noch Alles offen stehen, was gegen die betreffenden Theile der Entscheidung geltend gemacht werden kann. Dagegen war der Inhalt der Beschwerde zu verwerfen. (S. Inhalt Nr. 5)...

---

## 365B. Mounsey Janson u. Co. w. Krüger u. Co., 30. Juni 1860.[1]) M335V.

1) Wenn der Käufer berechtigter Weise (vergl. 365A Nr. 3) einer von auswärts an ihn abgesandten Waare Schutz und Annahme verweigert hat, so steht ihm, bei vom Verkäufer verschuldeter Nichtlieferung der Waare, nicht bloß das Recht zu, die Bezahlung des Kaufpreises abzulehnen, sondern auch seine Entschädigungsansprüche gegen den Verkäufer geltend zu machen.

2) Der höhere Richter ist befugt, auf Grund einer weitergehenden Beschwerde eine geringere Abänderung des v. U. auszusprechen, ausgenommen, wenn nach der Richtung, in welcher eine Abänderung erfolgen müßte, eventuelle Beschwerden aufgestellt sind.

Nach Erledigung der Vorklage wurde die wiederklagend verlangte Entschädigung mittelst NGU. v. 4. Sept. 1858 davon abhängig gemacht, daß nunmehr Wiederkläger einen von den vier in der Vorklage den Klägern auferlegten Beweisen erbringen würden, und der Anspruch auf die Ladung per Truth beschränkt. Auf Appellation der Beklagten ward der Anspruch in zweiter J. am 24. Febr. 1859 (J. F. Bonn) auf die per Tryntje ausgedehnt, und überdies, da die Probelasche abhanden gekommen war, falls solche nicht wieder gefunden werden sollte, statt der ersten Alternative auch der Beweis für zulässig erklärt, daß das von den Wiederbeklagten in den Jahren 1850 und 1851 als best Derwent [†] angebotene Eisen besser sei, als das zu den Laschen verwendete. Wiederbeklagte beschritten die dritte J. und erlangten in dem zweiten Punkt Herstellung des ersten Urtheils, nicht aber in dem ersten.

Zur Beurtheilung stehen gegenwärtig... nur zwei Punkte.

I. Die Frage, ob das zweite Urtheil den im ersten Urtheil in Ansehung der Ladung per Truth den Widerklägern auferlegten vierfachen alternativen Beweis mit Recht auf die Ladung per Tryntje ausgedehnt habe, oder ob statt

---

[1]) Als die Sache später zum drittenmal an das OAG. gelangt war, wurde dieselbe verglichen.

dessen, wie im ersten Urtheil geschehen, und wie die Wiederbeklagten wollen, deren Gegner mit ihrer Schadenersatzforderung in Betreff des per Tryntje verschifften Laschenquantums gänzlich abzuweisen sind. Die Wiederbeklagten haben zu dem Ende

a. zunächst darauf hingewiesen, daß die Wiederkläger anfangs ihren Schadensanspruch auf die Ladung per Tryntje überall nicht basirt hätten. [Die desfallsigen Einwendungen werden widerlegt und insbesondere hervorgehoben:] In der Vernehmlassung auf die Vorklage ist mit klaren Worten zu lesen, „hinsichtlich der Ladungen per Liberg und per Laws werde geleugnet: daß sie in Rücksicht auf das Material contractmäßig, von best Derwent-Eisen und mit der übersandten Probe übereinstimmend gewesen; daß sie in Ansehung der Form mit der übersandten Schablone übereingestimmt; daß die Güte, Accuratesse und Gleichmäßigkeit der Arbeit; und daß sie hinsichtlich des Gewichtes der Verabredung entsprochen." Diese Worte beweisen aber ganz klar, daß die sämmtlichen Mängel, welche in Betreff der Ladung per Laws geltend gemacht und im Vorverfahren den Klägern, in dem jetzigen Verfahren den Wiederklägern zum Beweise verstellt worden sind, ganz in gleicher Weise der Ladung per Tryntje gegenüber gerügt wurden. Da nun in dem gegegenwärtigen Verfahren auf die gedachte Schrift ausdrücklich Bezug genommen ist, so erscheint diesem Allen zu Folge der Einwand der Wiederbeklagten gänzlich unbegründet...

b. Den hauptsächlichsten Einwand gegen die Beweisauflage in Betreff der Ladung per Tryntje finden die Wiederbeklagten darin, daß sich die Wiederkläger geweigert hätten, die gedachte Ladung wegen der in Folge Seeunfalls auf derselben haftenden Bodmereischuld in Empfang zu nehmen. Die Wiederkläger seien verpflichtet gewesen, die Gefahr der Waare auf der Reise zu tragen, mithin die dadurch erwachsenden Kosten zu erstatten. Wenn sie statt dessen die Waare abandonnirt hätten, so wären sie nicht daneben noch berechtigt, wegen angeblicher Fehlerhaftigkeit Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Denn wer grundlos den Empfang einer

Waarenlieferung, ohne solche zu prüfen, zurückweise, verliere dadurch die Befugniß, wegen nicht oder nicht gehörig erfolgter Lieferung Ansprüche zu erheben. — So richtig jedoch auch dieser letzte Satz an sich ist, so wenig kann gleichwohl von demselben in dem vorliegenden Falle Gebrauch gemacht werden. Die Wiederkläger hatten aus der Sendung per Truth zur Genüge erfahren, daß ihnen Laschen geliefert würden, welche ihrer Mängel wegen von der Eisenbahndirection zurückgewiesen wurden: sie waren ihrem Contract zufolge derselben desfalls entschädigungspflichtig, und hatten um deswillen ihrer Ansicht nach einen Entschädigunsanspruch an die Wiederbeklagten, theils wegen der Beträge, die sie selbst zu zahlen, bezw. verlegt hatten, theils wegen entgangenen Gewinns. Diese Summe war, der in Anlage C enthaltenen Berechnung zufolge, so bedeutend, daß sie nicht erwarten durften, er werde durch den Werth desjenigen, was sie von den Wiederbeklagten in Händen hatten, gedeckt werden. Wenn sie unter diesen Umständen vor Ankunft der Ladung per Trijntje in der Voraussicht, daß die Beschaffenheit dieser Laschen keine andere sein werde, als diejenige der bereits angekommenen, und in Berücksichtigung der auf dieser Ladung haftenden, von ihren Mitcontrahenten, mit welchen sie in nicht zu schlichtende Differenzen bereits gerathen waren, zu tragenden oder zu erstattenden Unkosten, von den nachmaligen Klägern einen Vorschuß verlangten, um diese Kosten zu decken, widrigenfalls sie die Waare ihrem Schicksal überlassen würden, so haben sie bei dem Schweigen der jetzigen Wiederbeklagten, wie von dem OAG. rechtskräftig entschieden ist, befugter Weise die Aufnahme und den Schutz der Waare damals geweigert und konnten, nachdem in Folge dessen die Ladung verkauft und der nach Abbürdung der Kosten übrig gebliebene Betrag gerichtlich hinterlegt war, von den Klägern nicht auf Zahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen werden. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen giebt aber die von dem Verkäufer verschuldete Nichtlieferung der Waare dem Käufer nicht bloß das Recht, die Bezahlung des Kaufpreises zu verweigern, sondern daneben das Recht, seine Entschädigungsansprüche gegen den Ver-

käufer geltend zu machen, und es fragt sich daher nur, ob der Beweis jenes Verschuldens auch für die Wiederklage bereits liquide gestellt ist. Nach der Entscheidung des OAG. beruht dessen Annahme auf zwei Voraussetzungen. Die erste derselben, die Nichteinsendung des Vorschusses, ist erwiesen. Die zweite dagegen, die Annahme, daß die Laschen per Tryntje von derselben Beschaffenheit sein würden, wie die per Truth, beruhte für die Vorklage auf einer so hohen inneren Wahrscheinlichkeit, daß das Verfahren von Krüger u. Comp. für gerechtfertigt erachtet, und der wider sie erhobene Klaganspruch sofort verworfen werden mußte. Gegenwärtig nun, wo es für die Wiederklage rechtskräftig feststeht, daß der Entschädigungsanspruch von Krüger u. Comp. bei der Ladung per Truth davon abhängt, daß sie den Beweis der Fehlerhaftigkeit der Laschen führen, konnte nur das zweifelhaft erscheinen, ob jener für die Abweisung des Anspruchs auf Bezahlung des Facturapreises der Ladung per Tryntje ausreichende Beweis schon für sich allein als genügend erachtet werden müsse, um die Wiederbeklagten ohne Weiteres für ersatzflüchtig zu erklären, oder ob den Wiederklägern auch in Betreff dieser Ladung, in Gemäßheit ihrer in der Klagschrift aufgestellten und wiederklagend in Bezug genommenen eventuellen Behauptung, zuvor dieselben Beweise aufzulegen seien, zu denen sie hinsichtlich der Ladung per Truth verpflichtet sind." Keinenfalls also konnte den Wiederbeklagten die auch in Betreff der Ladung per Tryntje in dem v. U. erkannte Beweisauflage zur Beschwerde gereichen.

II) Unter den vier in dem NGE. vom 4. September 1858 den Wiederklägern auferlegten Beweisen geht die erste Alternative dahin, daß die in Rede stehenden Laschen nicht von eben so gutem Material, wie die eingesandte mit best Derwent bezeichnete Eisenprobe, angefertigt worden seien, und sich im Bruch nicht ebenso präsentirten. Das OGU. vom 24. Februar 1859 hat nun den Wiederklägern für den Fall, daß sich die gedachte Eisenprobe nicht wieder auffinden sollte, gestattet, den gedachten Beweis auch dadurch zu erbringen, daß sie darthäten, das sonst als best Derwent [†] bezeichnete und von den Wiederbeklagten in den Jahren 1850

und 1851 als bestes Eisen angebotene oder verarbeitete Stangeneisen sei überhaupt besser als das zu den streitigen Laschen verwendete Material. Diese Erweiterung des Beweissatzes hat den Wiederbeklagten Veranlassung zur zweiten Beschwerde gegeben, mittelst deren sie verlangen, daß es auch in diesem Punkte bei dem ersten U. verbleibe. Sie berufen sich zu dem Ende zunächst darauf, daß nach Inhalt des zweiten U. die Abänderung in Betreff der Fassung jenes ersten Beweissatzes auf Grund der vierten von den Wiederklägern in v. J. erhobenen Beschwerde erfolge, diese aber nur dahin gerichtet sei, in Betreff der Sendungen per Tryntje und per Sarah Ann den Wiederklägern dieselbe Beweisauflage zu machen, wie in Betreff der Sendung per Truth und der Probelaschen geschehen sei. Da nun auch die übrigen Beschwerden eine Abänderung nach dieser Richtung hin überall nicht bezweckten, so sei der gedachte Beweissatz rechtskräftig geworden, und wie weit man auch immer das richterliche Ergänzungsamt ausdehnen möge, so könne es doch unmöglich so weit gehen, rechtskräftige Entscheidungen zu beseitigen. In dieser Beziehung ist zunächst so viel richtig, daß die vierte Beschwerde wider den ersten Beweissatz nicht gerichtet ist, und daß sich also insofern in dem tenor des v. U. eine Ungenauigkeit findet. Alles kommt mithin darauf an, ob die Urtheilsverfasser auf Grund der ersten Beschwerde der Wiederkläger in der v. J., mittelst deren sich dieselben darüber beschweren, daß die Wiederbeklagten nicht sofort, wie gebeten, verurtheilt seien, befugt waren, die von ihnen getroffene Abänderung als dem Willen der Wiederkläger entsprechend zu betrachten. Nun hat zwar das OAG. wiederholt den processualischen Grundsatz anerkannt, daß der höhere Richter auf Grund einer weiter gehenden Beschwerde befugt sei, eine geringere Abänderung des vorhergehenden U. auszusprechen; den Fall jedoch ausgenommen, wenn die Partei gerade nach der Richtung hin, in welcher eine Abänderung erfolgten müßte, eventuelle Beschwerden aufgestellt hat, indem hierdurch kund gegeben wird, daß eine andere Abänderung als die beantragte nicht beabsichtigt werde.

Vergl. L. Drewsen w. Jörß 30. Nov. 1835, S. 10. 11.

Diese Ausnahme mußte hier als vorliegend angesehen werden, da die Wiederkläger in der Aufstellung ihrer eventuellen Beschwerden zunächst die Beweislast angefochten haben, ohne der Beweisfassung überall zu gedenken, insbesondere aber deshalb, weil die Wiederkläger in der vierten Beschwerde in Betreff der Ladung per Tryntje dieselben Beweise verlangt haben, welche ihnen in Betreff der Ladung per Truth auferlegt waren, und dadurch deutlich bekunden, daß sie mit diesen Beweisen zufrieden seien. Mußte demnach insoweit das erste Erkenntniß wiederhergestellt werden, so ist damit gleichwohl keineswegs darüber erkannt worden, ob und inwiefern die in der v. I. für den Fall, daß sich die eingesandte Probelasche nicht wieder auffinden lassen sollte, den Wiederklägern zum Beweise verstellten Thatsachen geeignet seien, den Beweissatz des RG. mittelbar herzustellen, indem darüber der künftigen Entscheidung weder vorgegriffen werden durfte noch sollte.

Die vollständige Vergleichung der Proceßkosten in j. I. hat darin ihren Grund, daß sich z. Z. nicht beurtheilen läßt, ob nicht die erfolgte Abänderung für das Schicksal des ganzen Rechtsstreits bedeutsam werden könne.

---

## 366. Kayser Ehefr. w. Ehemann, 21. Juli 1856. K221S.

1) Eine Scheidung wegen Ehebruchs ist gerechtfertigt, wenn dieser auch nur durch concrete dringende Verdachtsgründe für erwiesen zu halten ist.[1])

2) Die Zulässigkeit des richterlichen Ergänzungseides (auch in der Form eines Glaubenseides) läßt sich auch für Ehesachen der von dem OAG. stets befolgten Ansicht nach nicht in Abrede stellen[2]). p. 33.

[1]) A. M. Buchka u. Budde, Entsch. d. OAG. zu Rostock: ohne zu überzeugen.

[2]) Dagegen ist die früher anerkannte Zulässigkeit eines Schiedseides in Ehescheidungssachen, wenigstens für Frankfurt, von dem OAG. kürzlich verabredet.

[3] Nach protestantischem Kirchenrecht hat man im Allgemeinen davon auszugehen, daß, wo es, wie meist, an einem directen Beweise stattgehabten Ehebruchs fehlt, nur ein dringender Verdacht derartiger Verletzung der ehelichen Treue zur Scheidung führen könne.

vgl. c. 12. X. de praesumt. 2, 23.

Gl. suspicio in f. ad c. 2. C. 32. qu. 1.

Zugleich werden die ermittelten thatsächlichen Momente, welche dem Verdachte zur Grundlage dienen, auf einen geschlechtsvertraulichen Verkehr zwischen den beschuldigten Personen hinweisen müssen, da eben nur der Ehebruch den Grund der Scheidung bildet, und dieser zu seinem Begriffe und wesentlichen Thatbestande die fleischliche Vermischung erfordert. — Allein insofern

2) der Verdacht des Ehebruchs keinen eigenen Ehescheidungsgrund, sondern blos ein Mittel zum indirecten Erweise des [4] letzteren bildet, würde es eine nicht gerechtfertigte Beschränkung des jeder Partei auf Führung eines s. g. künstlichen Beweises zuständigen Rechts involviren, und würde namentlich nach der Natur des bei der Scheidung wegen Ehebruchs zum Beweise stehenden Factums fleischlicher Vermischung, cum opus illud, wie die obcitirte Glosse bemerkt, non plane pateat visui, die Beweisführung in der bedenklichsten Weise erschweren, wenn lediglich in dem Falle, dessen das

ang. c. 12. X.

speciell gedenkt, daß nämlich ein Ehegatte solus cum sola nudus cum nuda in eodem lecto betroffen wäre und solches vollständig erwiesen würde, ein hinlänglich dringender und zur Ehescheidung ausreichender Verdacht fleischlicher Vermischung und ehebrecherischer Treuverletzung angenommen werden [5] wollte. Daß es unter dieser Voraussetzung keines weiteren Beweises für den dem beklagten Ehegatten schuldgegebenen Ehebruch bedürfe, wird man anerkennen müssen, und daher auch bei solchem Ergebnisse der Beweisführung kein Bedenken hegen können, die Scheidung selbst dann auszusprechen, wenn solche nicht wegen fortgesetzten unerlaubten Verkehrs des beklagten Ehegatten mit anderen

Personen, sondern nur wegen eines einzelnen derartigen Fehltritts, und bloß auf Grund einmaliger durch Beischlaf mit einer andern Person verschuldeter Verletzung der ehelichen Treue verlangt wird. Bei der Scheidung wegen Ehebruchs aber nur Thatsachen von so gravirlicher Natur in Betracht ziehen zu wollen, oder zu verlangen, daß jeder einzelne Umstand, welcher als [6] Verdachtsmoment für den schuldgegebenen Ehebruch geltend gemacht werden will, speciell und direct, sowie mit gleicher Bestimmtheit als ein Verhalten obiger Art auf ein geschlechtsvertrauliches Verhältniß hinweise, läßt sich weder aus jenem, überdies an einen einzelnen concreten Fall sich anschließenden ang. c. 12. X. herleiten, noch damit vereinbaren, daß in anderen, theils direct die Scheidung wegen Ehebruchs betreffenden, theils wenigstens auf den Nachweis stattgehabten fleischlichen Verkehrs bezüglichen Gesetzesstellen auch sonstige an sich minder gravirliche Umstände als adminicula probationis und quasi confessiones criminis bezeichnet,

vgl. c. 4. C. 27. qu. 1; c. 27. X. de testib. 2, 20.
c. 13. X. de praesumt. 2, 23.

und damit als erhebliche indicia copulae carnalis und [7] beachtungswerthe praesumtiones adulterii anerkannt sind.

Hiernach kann es denn

3) keinem Zweifel unterliegen, daß bei Scheidungsklagen wegen Ehebruchs sowohl überhaupt, als namentlich wo ein fortdauernder derartiger Treubruch Anlaß der Klage und Gegenstand der Beweisführung ist, der Richter in Uebereinstimmung mit den Schlußworten des

c. 27. X. de testib. 2, 20.

das Gesammtverhalten des beklagtischen Ehegatten in's Auge zu fassen und alle über dessen Verkehr mit anderen Personen, sowie über sein Verhältniß zu dem beklagenden Theile ermittelten Umstände gleichmäßig und gleichzeitig zu würdigen habe. Sobald aus deren Zusammenhalte, aus dem Inbegriff aller die Sachlage bildenden Specialmomente ein ausreichend dringender Verdacht [8] stattgehabten Ehebruchs mit derjenigen Sicherheit sich ergiebt, welche überhaupt dem Beweise durch Schlußfolgerungen beiwohnt und vollends für That-

sachen der hier vorliegenden Natur von einer künstlichen Beweisführung verlangt werden kann, wird man die Ehe für gebrochen zu erklären und die Scheidung auszusprechen kein Bedenken tragen können, mag immerhin **für sich allein** in keiner einzigen Thatsache ein specieller, directer und vollkommen bestimmter, jede andere Deutung ausschließender Hinweis auf geschlechtsvertraulichen Charakter des zwischen dem angeschuldigten Ehegatten und einer dritten Person bestandenen Verkehrs liegen, oder bei aller Unwahrscheinlichkeit doch wenigstens die Möglichkeit bleiben, daß es zu fleischlicher Vermischung nicht [9] gekommen sein könnte.

---

## 367. Crome z. S. Leykum u. Sohn w. Schnepel, 23. Sept. 1856. C81W.

1) **Der Satz, daß die einfache Beschwerde unzulässig ist gegen die aus Rechtsgründen abgegebenen richterlichen Entscheidungen, findet auch auf die gegen Anwälte erkannten Disciplinarstrafen Anwendung.**

2) **Die Umwandlung eines unrichtig gewählten Rechtsmittels in ein anderes zulässiges steht dem Richter nicht zu.**

Die einfache Beschwerde ward u. V. i. d. K. als unzulässig verworfen in Erwägung:

1) daß die einfache Beschwerde, wie aus den darüber in der OAGO. enthaltenen Bestimmungen, insbesondere aus der Eigenthümlichkeit des dafür angeordneten, auf das Einschreiten der oberaufsehenden Staatsgewalt gerichteten Verfahrens geschlossen werden muß, und wie durch langjährige Praxis des OAG. feststeht, als unzulässig erscheint, wenn es sich nicht um Abhülfe gegen eine richterliche Ungebühr handelt, sondern eine aus Rechtsgründen abgegebene Entscheidung ihrem Inhalte nach als unrichtig angefochten und einer oberrichterlichen Prüfung und Abänderung unterworfen werden soll;

2) daß dieser Satz auch auf Verfügungen, welche aus

der richterlichen Disciplinargewalt über Anwälte hervorgegangen sind, unbedenklich angewendet werden muß, indem die Verhängung einer Disciplinarstrafe ganz ebenso wie die anderer Strafen, aus einer richterlichen Thätigkeit hervorgeht und auf der nur aus Rechtsgründen zu entnehmenden Entscheidung beruht, ob und inwieweit die gesetzlichen Voraussetzungen zu einer Bestrafung im einzelnen Falle vorliegen; eine Anwendung des Satzes, welche freilich in einigen früher bei dem OAG. anhängig gewesenen Sachen noch nicht zur Anerkennung gelangt war, [1]) und deshalb auch in der vom Querulanten angeführten Abhandlung von Blume (im Anhange zu seiner Ausgabe der OAGO.) keine Berücksichtigung gefunden hat, welche aber eine in neuerer Zeit ergangene Entscheidung des OAG. bereits für sich hat; [2])

---

[1]) Vergl. B. Dr. Voget, Juni 33; H. Dr. Eden, Mai 34; F. Stertz w. Blum, Sept. 32.

[2]) F. Dr. Maas z. U. w. Helferich, Oct. 51. Diese Entscheidung ist in den Frankfurter Sammlungen nicht gedruckt. Sie betrifft eine einfache Beschwerde wider gestrichene Deserviten in einer Vertheidigungsschrift, und ist auf folgende Erwägungen gestützt:

1) daß, wenngleich die GAGO. den Begriff der in ihr vorkommenden einfachen Beschwerde nicht näher bestimmt, doch daraus, daß sie im §. 43 die Fälle verweigerter oder verzögerter Justiz als für diese Beschwerde geeignet besonders hervorhebt, ihre Meinung zu entnehmen ist, daß dieses Rechtsmittel nach Analogie dieser Fälle nur bei vorkommender richterlicher Ungebühr einzutreten habe, daß dies

2) noch dadurch bestätigt wird, daß nach §. 170 der GO. das OAG., wenn es die einfache Beschwerde gegründet findet, nicht selbst derselben abzuhelfen, sondern zu deren Beseitigung mittelst Berichts an den betreffenden Senat die Einschreitung der oberaufsehenden Staatsgewalt zu veranlassen hat; daß ferner

3) nicht anzunehmen ist, es solle eine so außerordentliche Maßregel in anderen Fällen eintreten, als wenn dem Querulanten wirklich ein ganz evidentes und erhebliches Unrecht zugefügt worden ist; daß

4) aus diesen Gründen folgt und vom OAG. auch von jeher angenommen ist, daß die einfache Beschwerde dann nicht stattfinde, wenn

a) aus Rechtsgründen ein Antrag einer Partei verworfen oder demselben nicht so, wie gebeten, deferirt worden ist, es sich also von dem materiellen Inhalte einer solchen Entscheidung handelt;

Taylor, Novbr. 1838.

3) daß zwar gegen Disciplinarstrafen, welche in Civilsachen gegen Anwälte verhängt werden, die Extrajudicial-Appellation unter Voraussetzung der Appellationssumme für statthaft zu halten ist, die Umwandlung eines unrichtig gewählten Rechtsmittels in ein anderes zulässiges aber dem Richter nicht zusteht, weshalb denn die Frage gar nicht aufgeworfen zu werden braucht, ob im vorliegenden Falle die Förmlichkeiten der Extrajudicialappellation beobachtet seien, und ob derselben nicht, wie es allen Anschein hat, der Mangel der AS. entgegenstehen würde.

## 368. Derlien Ehefr. w. Drath Wwe., 25. Sept. 1856. D144V.

Nach dem Capitelsvergleich vom 23. Sept. 1797 §. 3 Nr. 12 wird beim Tode des Anerben vor **Antritt** der Stelle die Mutter durch die Geschwister ausgeschlossen, nach Ansicht des OAG. Nach Ansicht der vorderen J. schließt die Mutter die Geschwister aus.

1. OGErkenntniß vom 29. Juni 1854 (J. F. Berlin).

Die einzige Beschwerde der Klägerin ist dahin gestellt,

---

Schuppart, Octbr. 1839.
Ritter, Januar 1844.
Fresenius w. Herff, April 1845.

und wenn

b) eine solche Verfügung in Frage steht, bei welcher es wesentlich auf das richterliche Ermessen ankommt, indem bei solchen Verfügungen eine evidente Ungebühr nicht schon deshalb anzunehmen ist, weil vielleicht der Oberrichter anders verfügt haben würde,

U. w. Jucho, Novbr. 1836.

daß nun aber

5) das Appellationsgericht in dem Resolut vom 22. Aug. d. J., gegen welches die einfache Beschwerde gerichtet ist, in der ihm zur richterlichen Feststellung vorgelegten Deserviten- und Kostenrechnung des Querulanten, unter Bezugnahme auf die Taxordnung f. d. Adv. 9 unter c einzelne Sätze gestrichen, andere, theilweise wegen zu großer Weitläufigkeit der betreffenden Schrift, ermäßigt hat, mithin hier eine auf Rechtsgründe und nach richterlichem Ermessen getroffene Verfügung vorliegt.

daß sie mit ihrem Antrage auf Anerkennung ihres Anerbenrechts an der.... Viertelhufe.... unter Kostenerstattung ab- und zur Ruhe verwiesen, und nicht vielmehr solches Anerbrecht.... unter Zurückweisung der gleichen Erbansprüche der Beklagten und unter Verurtheilung der Letzteren in die Kosten für rechtsbegründet anerkannt worden. Sie stützt diese Beschwerde auf zwei Gründe, einmal, in das fragliche Gut finde keine Ascendentensuccession statt; sodann: es handele sich überhaupt dabei um die Beerbung nicht des minderjährigen Drath, sondern seines im Jahre 1843 verstorbenen Vaters.

Die letztere Behauptung als die präjudicielle ist zuerst zu prüfen. Sie gründet sich vornehmlich auf die Ausführung, ein Anerbe könne den Hof erst weiter übertragen, wenn er selbst bemeiert worden und den Hof angenommen habe. Während der Interimswirthschaft sei sein Colonatrecht von der Suspensivbedingung der Volljährigkeit abhängig; der Interimswirth sei bis dahin Stellbesitzer; trete jene Bedingung nicht ein, so werde noch dem Vorbesitzer des Anerben succedirt. — Diese Darlegung ist jedoch unhaltbar.

Der sogenannte Capitelsvergleich vom Jahre 1797, welchen auch die Appellantin als die authentischste Quelle des in den ehemaligen Capitelsgütern lebenden Rechts betrachtet, will in §. 2 „den Unterthanen, ihren Erben und Nachfolgern das nutzbare Eigenthum ihrer Hufen als ein für allemal aufgetragen und überlassen" angesehen wissen. „Ein jeder Hauswirth hat freie Macht darüber.... auf den Todesfall zu schalten und zu walten." Hinsichtlich der „Erbfolge in den Hufen" bestimmt sodann der §. 3 unter 1, und 4: „der Vater hat das Recht, unter mehreren Söhnen oder, wenn keine Söhne vorhanden, unter mehreren Töchtern zu bestimmen, wer von ihnen die Hufe übernehmen soll. Wenn der Vater nichts verordnet hat, so verbleibt die Hufe, der bisherigen Observanz nach, dem jünsten Sohne, oder, wenn keine Söhne vorhanden, der jüngsten Tochter." Daß nun das durch väterliche Anordnung oder bestätigte Observanz zur Erbfolge berufene Kind außer dem Anfalle noch einer besondern Bemeierung seitens des Obereigenthümers bedürfe,

um das Eigenthum der Hufe zu erwerben, ist nirgends in dem Vergleiche angedeutet, und folgt auch nicht aus den einzelnen von der Klägerin dafür beigebrachten Momenten. Denn

a. kann dasjenige, was sie für die Meiergüter in Lüneburg und Grubenhagen aus von Bülow und Hagemann's Erörterungen anführt, keineswegs als Regel für alle erblichen Bauergüter gelten, am wenigsten für solche, an welchen dem Besitzer ein nutzbares Eigenthum eingeräumt worden;

vergl. Mittermaier, D. Priv.-R. §. 497. unter I. II.

b. Die fernere Aufstellung, daß, nach der Natur des Colonatwesens und des unvollkommenen Eigenthums, der Anerbe fähig sein müsse, der ererbten Stelle gehörig vorzustehen, weshalb auch im Falle seiner Unmündigkeit entweder zu einem fähigen Anerben übergegriffen werde, oder aber Interimswirthschaft eintreten müsse, ist überhaupt da nicht zuzugeben, wo, wie nach dem Capitelvergleiche, von einem Einflusse des Obereigenthümers auf die Bestimmung des Erben gar nicht die Rede, und wo auch Töchter successionsfähig sind. Insbesondere gehört selbst dann, wenn ein Gutsherr auf die Tüchtigkeit des Anerben bestehen darf, die Unmündigkeit des Anerben regelmäßig nicht zu den Ausschließungsgründen, weil hier durch die Interimswirthschaft geholfen werden kann,

Runde, Interimswirthschaft 2. A. S. 15. 17.

„wo aber der Bauer.... zu einem festen Erbrechte am Colonat gelangt ist, da kann die Minderjährigkeit des Anerben keinen Grund abgeben, ihn zu übergehen und die bestimmte Erbfolgeordnung zu ändern."

vgl. Wigand, Prov.-R. des Fürstenthums Minden. 1, 217.

Mittermaier, D. Priv.-R. §. 497, Nr. III.

Pfeiffer, Meierrecht, 1848. S. 332.

c) Die Behauptung sodann, daß der Interimswirth zeitweilig der eigentliche Stellbesitzer sei, der Anerbe aber nur ein durch seine Volljährigkeit suspendirtes Recht auf den Hof, nur eine Hoffnung auf die Erbfolge habe, ist eine

durchaus irrige. Der Interimswirth ist immer nur Stellvertreter eines andern an der Ausübung seines Rechtes gehinderten Stellbesitzers, wenn er gleich diese Vertretung selbständig in eigenem Namen und zu eigenem Vortheil übt. Dem Anerben dagegen ist schon „das Colonatrecht angefallen und erworben, wenn er es gleich wegen seiner Unmündigkeit nicht ausüben kann; die Erwerbung wird dadurch, und durch die deshalb angeordnete Interimswirthschaft nicht suspendirt."

Runde, a. a. O. S. 59. 60.

vergl. Pfeiffer, a. a. O. S. 340.

Heise u. Cropp, Jur. Abh. 2, 102. 112.

In Uebereinstimmung hiermit hat auch... das LG. als vormundschaftliche Behörde i. J. 1850 den Wiederaufbau des Wohngebäudes auf der Viertelhufe aus dem Vermögen des Drath jun. um deswillen genehmigt, weil dieser der Erbe der Stelle sei.

d) Gegen das hiermit gewonnene Ergebniß, daß das nutzbare Eigenthum dem Sohne schon durch den Erbanfall selber, nicht erst durch die Annahme des Hofes erworben werde, spricht endlich auch nicht der §. 3 des Capitalvergleiches unter 12: „Wenn auch nach der Eltern Tode der jüngste Sohn verstirbt, ehe ihm die Stelle übergeben worden und er sie wirklich angetreten, so tritt der unmittelbar vorhergehende Bruder in des Verstorbenen Rechte. Wenn keine Brüder vorhanden sind, wird es mit den Töchtern eben also gehalten." — Denn der Ausdruck „tritt in des Verstorbenen Rechte" ist füglicher auf den Uebergang des schon am Hofe erworbenen Rechts, als auf das bloße Vorrücken in der Successions-O., auf eine Steigerung der Hoffnung zu succediren zu beziehen.

Sonach handelte es sich überhaupt in dem vorliegenden Falle um die Beerbung des im Jahre 1852 verstorbenen minderjährigen Drath, nicht mehr seines im Jahre 1843 verstorbenen Vaters. — Klägerin hat nun zweitens auch bei solcher Voraussetzung einen Vorzug vor der Mutter des Verstorbenen behauptet. Sie macht dafür

a) wiederum den eben angeführten Passus des Vergleiches, nebst dem ihm folgenden Abs. 13 geltend, wonach,

wenn der jüngste Sohn bzw. die jüngste Tochter das Erbe nicht annehmen wollen, das nächstjüngste Kind in die Stelle tritt und das Erbe übernehmen darf, falls aber keins von den Geschwistern das Erbe antreten will, dasselbe zum öffentlichen Verkaufe kommt. Hiernach meint Klägerin, sei von einer Vererbung auf Ascendenten gar nicht die Rede. — Was jedoch den Absatz 12 betrifft, so läßt er den Bruder bzw. die Schwester doch nur succediren, wenn die Eltern schon verstorben sind. Und wenn gleich Klägerin hier unter den Eltern nicht „beide Eltern", sondern „den Vater oder die Mutter, je nachdem jener oder diese den Hof zugebracht," verstanden wissen will, so ist doch diese Deutung zu gewagt, um gegen die gewöhnliche Successions-O. den Ausschlag zu geben. Der Absatz 13 aber geht auf die Descendentensuccession und läßt, wenn keiner derselben den Hof mit den Pflichten, seine Geschwister abzufinden, übernehmen will, die bei der Untheilbarkeit des Hofes nun nur übrig bleibende Civiltheilung unter den Descendenten mittelst Verkaufs an den Meistbietenden

Eichhorn, D. Privatrecht, §. 364 [u. 257]

eintreten. Verstände man die Vorschrift, wie Klägerin zu wollen scheint, dahin, daß bei jener Weigerung der Descendenten jedes Erbrecht am Hofe erloschen sei, so würde daraus eine Ausschließung freilich der Ascendenten, aber zugleich auch der Collateralen von der Succession folgen, mithin die Klägerin als Halbschwester des Verstorbenen auch in diesem Falle als zur Klage unberechtigt erscheinen. Klägerin entwickelt

b) daß die Rücksicht auf die Tüchtigkeit des Anerben bei Bauergütern einen Ausschluß der Ascendenten rechtfertige, daß dieser Ausschluß auch bei manchen Arten der bäuerlichen Erbfolge vorkomme, und daß es ein grober Verstoß gegen die Volksansicht sein würde, wenn man die leiblichen Kinder eines Hufners dessen zweiter Ehefrau, die nicht selber die Hufe zugebracht, nachsetze. Es ist jedoch schon bemerkt worden, daß der Capitalsvergleich eine persönliche Tüchtigkeit zur Bewirthschaftung des Hofes nirgends zur Bedingung der Successionsfähigkeit gemacht hat; es kann auch angesichts

des vorliegenden Falles, wo für den unmündigen Anerben dessen Mutter als Interimswirthin eingesetzt worden, die Untüchtigkeit des Ascendenten principiell nicht zugegeben werden; die Beispiele aus anderen Gegenden tragen bei der bekannten großen Mannigfaltigkeit des bäuerlichen Besitz- und Erbrechts wenig aus, und die angebliche bloße Volksansicht entscheidet nicht, wenn sie, was Klägerin nicht substantiirt hat, nicht zu einer wahren Rechtsgewohnheit ausgebildet worden. Der noch aus Mittermaier's D. Pr., 3. Aufl. entnommene Satz, daß ein Ascendent erst beim Mangel von Collateralen Anerbe werde, findet sich in den neuesten Auflagen (§. 497) nicht mehr. Endlich vermag

c) weder der Umstand, daß die den ganzen Nachlaß des Drath sen. betreffende Vereinbarung v. 26. Juli 1844 zwischen der Wittwe und den Kindern abgeschlossen wurde, noch das Versprechen der Wittwe, nach Ablauf der Wirthschaftsjahre die Viertelshufe in demselben Zustande zurückzuliefern, die Verklagte, wie Klägerin meint, zu verpflichten, jenes Grundstück, statt an den alleinigen Anerben, an die übrige Descendenz ihres Ehemannes zurückzugeben. Somit liegt überhaupt kein Grund vor, von der gemeinrechtlichen Erbfolge, welche im Zweifel auch bei Bauergütern, so im nutzbaren Eigenthum des Bauern stehen (Mittermaier, D. Pr. §. 497. I.), eintritt, zu Gunsten der Appellantin abzuweichen.

Das vorige Erkenntniß war hiernach, Einwendens ungeachtet, lediglich zu bestätigen und Klägerin in die Kosten der J. zu verfällen.

Das Urtheil des Oberappellationsgerichts.

Der Vergleich zwischen dem ehemaligen Domcapitel und [2] den Dorfschaften Genin, Vorrade, Ober- und Nieder-Büssau vom 23. Dec. 1797, welcher nach Maaßgabe dessen, was von dem OAG. in Betreff desselben, sowie des im Wesentlichen gleichlautenden sog. Unterthanenvergleichs vom 21. Oct. 1793 in S. 4—8 [1]) der Gründe zum U. vom 11. Nov. 1828 in Sachen Ive und Dorfschaften Vorrade, Genin und Nieder-Bussau w. Beckmann u. Jürgensen aus-

---

[1]) Sache fehlt in S. 1, 96.

geführt worden ist, auch in dem vorliegenden Falle als bindende Rechtsnorm zunächst zur Anwendung kommt, verordnet hinsichtlich der Erbfolge in den Hufen im §. 3, Nr. 12 Folgendes:

Wenn auch nach der Eltern Tode der jüngste Sohn verstirbt, ehe ihm die Stelle übergeben worden und er sie wirklich angetreten, so tritt der unmittelbar [3] vorhergehende Bruder in des verstorbenen Rechte. Wenn keine Brüder vorhanden sind, wird es mit den Töchtern eben also gehalten.

Diese Vorschrift steht dem Anspruch der Klägerin entscheidend zur Seite. Denn:

1) die Worte „nach der Eltern Tode" dürfen theils in Beihalt ähnlicher erbliche Colonate betreffender Rechtsnormen, theils der im §. 3 des Vergleichs unter Nr. 1. 3. u. 4 getroffenen Bestimmungen wegen nur so verstanden werden, wie wenn geschrieben stände, „nach des Vaters oder der Mutter Tode, je nachdem die Stelle von jenem oder von dieser herrührt," und zwar um so mehr, als bei der entgegengesetzten Erklärung selbst dann, wenn die Stelle vom Vater herrührte, das volljährig gewordene Kind erst nach dem Tode der Mutter zur Antretung der Stelle berechtigt sein würde, [4] während es doch durchgängig Rechtens ist, daß die Mutter in einem derartigen Falle nur einen Anspruch auf Leibzucht hat und der volljährig gewordene Anerbe die Stelle antritt.

2) Nicht minder wiederholen die Worte „ehe ihm die Stelle übergeben worden und er sie wirklich angetreten" das für deutsche Bauergüter in früherer Zeit geltende Recht. Denn wenngleich bei der Erbfolge nach Landrecht mit dem Tode des Erblassers dessen Gewere an Grundstücken ohne Auflassung auf den Erben dergestalt überging, daß er dieselbe weiter vererbte; und wenn gleich bei einer Vererbung nach Lehnrecht in gleicher Weise der Grundsatz „der Todte erbt den Lebendigen" zur Anwendung kommt, so war doch nach Lehnrecht zur ferneren Vererbung des Rechtes auf die Descendenten unter Anderen die [5] wirkliche Besitzergreifung des Lehngutes erforderlich. Dieser letzte Grundsatz fand aber bei Colonaten, wo in früherer Zeit die Wahl des Anerben

so häufig der Willkür des Gutsherrn anheim fiel, und bei welchen derselbe selbst da, wo die Erbfolge durch Rechtsatz geregelt war, doch nicht selten die Befugniß hatte, den Berufenen beim Mangel gewisser Eigenschaften auszuschließen, dergestalt Anwendung, daß die Bemeierung des Anerben und der in Folge solcher stattgehabte Antritt der Stelle als Bedingungen für die Vererbung des Anerbenrechtes erachtet werden müssen. Beides wird in den oben erwähnten Worten ausdrücklich verlangt. Sowohl die Uebergabe der Stelle, offenbar von der Gutsherrschaft mittelst Bemeierung, da von einer Uebergabe abseiten des betreffenden Ascendenten, [6] dessen Tod die in Rede stehende Bestimmung voraussetzt, nicht füglich die Rede sein kann; wie auch der wirkliche Antritt der Stelle sind die Voraussetzungen, ohne welche die weitere Vererbung der Stelle nicht stattfinden soll: fehlt es hieran, so „tritt der unmittelbar vorhergehende Bruder (Schwester) in des Verstorbenen Rechte," d. h. in dessen Anerberecht. Diese Erklärung findet auch

3) darin ihre Rechtfertigung, daß bei dem Tode eines Colonen dessen Nachlaß, Allodium und Colonat als Ganzes allen Kindern des Colonen anfällt. Dieselben sind mithin auch in Betreff des Colonates Miterben, wiewohl die Untheilbarkeit und Erhaltung des Bauerguts in Betreff der Theilungsart dahin führt, daß theils nur Einer die Stelle erhält, theils die Abfindungen der Geschwister nicht nach dem vollen Werthe der Stelle bestimmt [7] werden.

Wigand, Prov.-R. von Paderborn, B. 1, S. 104, B. 2, S. 290. 344 ff.

Wigand, Prov.-R. von Minden, B. 1, S. 193.

Pfeiffer, Meierrecht, B. 1, S. 226 z. E.

Mittermaier, Deutsch. Priv.-R., 7. A., §. 498, S. 684.

Gerber, Deutsch. Priv.-R. 3. A., §. 253, S. 564. 265.

Busch, Beitr. z. Meierrecht, S. 104. 112. 113.

Sind aber sämmtliche Kinder Miterben auch in Betreff des Colonats, so ist es ganz natürlich, daß, wenn der Berechtigte stirbt, bevor das Anerberecht in [8] seiner Person

zur Wirksamkeit gelangt, der Nächstberufene unter den Geschwistern in die Stelle der Verstorbenen eintritt.

Gegen diese Erklärung der in Rede stehenden Vorschrift des Unterthanenvergleichs kann es nicht in Betracht kommen, wenn in einzelnen Gegenden Deutschlands, sowie von einzelnen Schriftstellern und Landesgerichten die in dem Unterthanenvergleiche erhaltenen, auch andererwärts, z. B. in der Ravensbergischen Eigenthumsordnung von 1669 Cap. 1 §. 3. [1]) und in der Osnabrückischen Eigenthumsordnung von 1722 Cap. 4 §. 5. [2]) vorkommenden, dem älteren deutschen Rechte entsprechenden Grundsätze mehr oder minder verlassen worden sind; und eben so wenig ist gegen die wirkliche Vorschrift des Rechts der Gesichtspunkt entscheidend, nach der sonst aus dem Unterthanenvergleich hervortretenden Tendenz die Hufen dergestalt dem freien Eigenthum nahe zu bringen, daß die Rechte der Gutsherrschaft fast ganz in den Hintergrund treten, sei zu erwarten, es würden auch in Betreff der Beerbung die Grundsätze des gemeinen Rechts zur Anwendung gebracht sein. Denn daß Letzteres nicht geschehen sollte, und man vielmehr der Meinung war, daß es in diesem Punkte bei dem früheren deutschen Rechte zu belassen sei, ergiebt gerade die Aufnahme der in Rede stehenden Bestimmung in den Vergleich.

[10] Einer Untersuchung der Frage, ob bei Bauergütern Ascendenten-Succession ausgeschlossen sei, bedarf es dem Vorstehenden zufolge nicht, und nur die Frage ist annoch in Erwägung zu ziehen, ob die Beklagte verpflichtet sei, die Hufe sofort zu räumen, oder ob ihr diese Verpflichtung erst im Jahre 1857 obliege. Unterliegt es nun gleich keinem Zweifel, daß, wenn ein minderjähriger Anerbe während der Minderjährigkeit stirbt, ohne daß ihm die Stelle übergeben wäre und er dieselbe angetreten hätte, und der Nächstberechtigte bereits volljährig ist, dieser an sich die Befugniß hat, die Uebergabe der Stelle und deren Antritt sofort zu verlangen, so mußte gleichwohl nach Inhalt des

---

[1]) Wigand, Prov.-R. des Fürstenthums Minden 2c., Thl. 2, S. 303.

[2]) Wigand, Prov.-R. der Fürstenthümer Paderborn 2c., Thl. 3. S. 147.

Hausbriefs vom 26. Juli 1844 angenommen werden, daß es die Absicht der am 28. Juni 1844 in Person, sowie unter ordnungsmäßiger Vertretung vor dem Landgerichte erschienenen Personen gewesen [11] sei, über die Bewirthschaftung der Stelle bis zu dem Zeitpunkt, wo der Minderjährige die Volljährigkeit erreicht haben würde, ein definitives Abkommen zu treffen, bei welchem es mithin auch derzeit, wo in der Person des Anerben eine Veränderung eingetreten ist, bewenden mußte.

Die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten erster J. ist eine Folge ihres Unterliegens in der Hauptsache und die Vergleichung der in den folgenden J. erwachsenen Kosten wird durch den Wechsel der Erkenntnisse gerechtfertigt.

---

## 369. Lübeck-Büchener EG. Bekl. w. Steffen, 23. Oct. 1856. L198W.

Ist der Werth des Streitgegenstandes nicht direct ermittelt, kann aber sein Verlust durch ein bestimmtes, die AS. nicht erreichendes Vermögensopfer abgewandt werden, so fehlt es an der Berufungsfähigkeit.

[2] Die Parteien sind darüber einig, daß die beklagte Direction, in Gemäßheit der Bekanntm. d. Senats v. 19. Dec. 1853 (S. d. V. Bd. 20, S. 154.), befugt ist, den jetzt streitigen Streifen Land, falls er im Rechtsweg dem Kläger zuerkannt werden sollte, im Wege der Expropriation an sich zu bringen, und die Beklagte hat... [3] in der Exceptionsschrift auf die Klage ihre Absicht zu erkennen gegeben, nach dem etwaigen Obsieg des Klägers unmittelbar zur Einleitung des Expropriationsverfahrens schreiten zu wollen. Nun hat aber der Kläger .... [4] erklärt, daß der fragliche Streifen Land weder einen allgemeinen Werth von 1000 M. habe, noch auch einen relativen Werth, welcher diese Summe übersteige, daß er denselben vielmehr höchstens auf 1000 M. zu schätzen vermöge, und folgeweise bereit und gehalten sei, auf dem Wege gesetzmäßiger Expropriation das streitige Stück Land

für eine Entschädigungssumme von höchstens 1000 M. Crt. an die beklagte Direction abzutreten. Durch diese unbedingt abgegebene Erklärung hat der Kläger sich gebunden, in keinem Fall mehr, als die gedachte Summe, zu seiner Entschädigung in Anspruch zu nehmen, und die Beklagte ist sonach in der Lage, den gesammten [5] Nachtheil, welcher ihr durch den Verlust des gegenwärtigen Processes erwachsen könnte, durch ein Opfer von höchstens 1000 M. Crt. abzuwenden oder auszugleichen. Nun kann aber ein Streitgegenstand, dessen Werth zwar nicht direct ermittelt ist, dessen Verlust jedoch durch ein bestimmtes, die Appellationssumme nicht erreichendes Vermögensopfer vom Appellanten abgewendet oder ausgeglichen werden kann, auch nicht höher als dieses letztere angeschlagen werden,

Pfeiffer, Prakt. Ausf. Bd. 6, S. 280. 348. 369. 373.
Hamb. S. 2, p. 545.

und hieraus ergiebt sich der Mangel der AS. im vorliegenden Falle von selbst. — [6] Es läßt sich hiergegen auch kein Bedenken daraus hernehmen, daß die gedachte Erklärung des Klägers erst nach Einwendung und Einführung der Appellation zu den Acten gekommen ist. Denn dieser Umstand würde nur dann einen Zweifel, ob nicht trotz jener Erklärung die Appellabilität anzunehmen sei, begründen können, wenn feststände, daß der Streitgegenstand zur Zeit der Einwendung und Einführung der Appellation den Betrag der AS. erreicht hätte, durch die Erklärung des Klägers daher eine nachträgliche Veränderung seines Werthes herbeigeführt worden wäre. So liegt aber der Fall hier nicht. Die Größe des Vermögensopfers, welches die Beklagte im Fall einer Expropriation zu bringen haben würde, war vielmehr nicht gehörig aufgeklärt .... [7] und es fehlt an jedem Grunde zu der Annahme, daß vorher der Beklagten ein größeres Vermögensopfer in Aussicht gestanden habe.

## 370. Unv. Dose w. v. Duhn j. Concurs-Cur., 24. Nov. 1856. D146R.

**Die von einer rechtsunerfahrenen Person in einem Gesuch um Bestellung von Procurator und Sachführer vorkommende Aeußerung, „es werde auf die Voracten submittirt," darf als Rechtsmittel-Einführung aufgefaßt werden.**

Der Klägerin war in einem mit dem Bekl. begonnenen, später von dessen Concurscuratoren fortgesetzten Rechtsstreite am 19. Jan. 1856 rechtskräftig auferlegt, zu beweisen, daß sie das Anerbieten des Bekl., ihr 10 Jahre hindurch jährlich 400 M. Crt. zu geben, angenommen habe. Sie hat denselben am 2. Febr. durch Bezugnahme auf eine mit Bekl. bei dessen Sachführer stattgehabte Verhandlung unter Erbieten zum Erfüllungseide und unter Verzicht auf die Eideszuschiebung angetreten; es ist am 9. Febr. 1856 die Beweisantretung als unerheblich wie rechtlich unzulässig zurückgewiesen und demgemäß die erhobene Klage u. V. d. Kl. i. d. K. rechtskräftig abgewiesen worden. Am 29. März trat dieselbe hiegegen mit einem Restitutionsgesuch auf, welches vom NG. am 12. April 1856, weil es demselben an allen Bedingungen fehle, unter denen Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse zulässig sei, und weil das Rechtsmittel nach §. 13. V. v. 5. Juli 1820 binnen 3 Wochen bei dem OG. eingeführt und gerechtfertigt werden müsse, u. V. i. d. K. abgewiesen ward. Auf dagegen sofort eingelegte und am 29. Mai beim OG. eingeführte und gerechtfertigte Nichtigkeitsbeschwerde event. Appellation hat das OG. am 29. Mai erkannt, es sei u. V. i. d. K. bei dem v. U. zu belassen. „Denn wenn gleich Restitutionsgesuche nach §. 13. V. v. 5. Juli 1820 in Beihalt v. §. 180—85 OAGO. bei dem Gerichte des anzufechtenden Erkenntnisses anzubringen seien, so wäre doch die a. a. O. vorgeschriebene 3wöchige Nothfrist bereits verstrichen; keine der im §. 180 OAGO. für das Rechtsmittel genannten Voraussetzungen treffe vorliegend zu, und die Ansicht der Klägerin, durch §. 181. a. a. O. seien die Restitutionsgründe erweitert, sei unhaltbar; könnte man das Restitutionsgesuch als gegen den Ablauf der Beweisfrist gerichtet, anerkennen, so müßte solches nach §. 158 OAGO. als wegfällig angesehen werden, [?] da die v. 19. Jan. 1856 anzurechnende 14tägige Beweisfrist, nachdem die Beweisvertretung am 9. Febr. rechtskräftig zurückgewiesen worden, mehrfach unbenutzt verstrichen sei. Auch der Nichtigkeitsbeschwerde wider das Erkenntniß v. 9. Febr. fehle es an jedem gesetzlichen Grunde, auch sei solche nach §. 12. Nr. 2. V. v. 5. Juli 1820 desert."

Die Klägerin hat hiegegen am 7. Juni 56 Nullitätsbeschwerde und Appellation eingelegt, und ist am 23. Juni beim OAG. mit einer Bitte um Bestellung eines Procurators und Sachführers unter eventueller Submission auf die Voracten eingekommen. Der ersten Bitte ward sofort entsprochen, der zweiten erst, nachdem Klägerin erklärt, daß es ihr unmöglich sei, einen Sachführer zu gewinnen. Der bestellte Sachführer lehnte unter Anführung von Gründen die Führung ab, und das OAG., bei welchem sich eine förmliche Einführung und Rechtfertigung der Rechtsmittel nicht befand, erklärte die Förmlichkeiten der Appellation für nothdürftig gewahrt, und bezog sich in materieller Beziehung im Wesentlichen auf die Gründe zum v. U.

---

## 371. Träger-Aelteste w. Departement d. Brandkasse N. d. Gas-Beleuchtung, A. 24. Nov. 1856. T112R. B. 16. Febr. 1860. T124R. C. 12. Dec. 1861. B485R. D. Juni 1865.[1]) TR.

---

## 372. Träger-Corporation w. Behn, 24. Nov. 1856. T113R.

1) Ein Herkommen, welches bei einer der früheren Träger-Innungen stattgefunden hat, kann nach V. v. 28. Febr. 1852 Art. 2. von der jetzigen Träger-Corporation geltend gemacht werden.

2) Ueber den Umfang der Arbeitsbefugnisse der Träger entscheidet das Herkommen.

3) Ein notorisches Herkommen darf der Richter seiner Entscheidung sofort zum Grunde legen. Fehlt aber dem höheren Richter die betreffende Kunde, so hat er auf Beweis des Herkommens zu erkennen.

Behn war Commissionär der hies. Gasanstalt zur Vertreibung der von solcher producirten Gascokes, und hatte dieselben aus deren vor dem Holstenthor belegenen Fabrik, theils in seine Räume, theils

---

[1]) Da diese Sache in der „Sammlung sämmtlicher UG. des OAG. v. 1865" vermuthlich eine ausführliche Darlegung erfahren wird, so konnte sie z. Z. hier übergangen werden.

in die Wohnungen seiner Kunden in der Stadt durch unverlehnte Arbeiter transportiren lassen. Die Träger-Corporation verlangt, daß ihm solches untersagt werde, und Entschädigung wegen des bisherigen Transports. Der Beklagte verneint die allgemeine Berechtigung der Kläger, beim Transport von Kaufmannsgut verwandt zu werden, insbesondere dann, wenn solcher von einem Orte außerhalb der Stadt zu beschaffen, und läugnet, daß Gascokes Kaufmannsgut seien.

W. u. OG. sind der letzten Ansicht nicht beigetreten. Ersteres nimmt daneben an, durch notorisches Herkommen und mehrfällige Entscheidungen stehe fest, die ausschließlichen Gerechtsamen der Träger würden, wenn sonst begründet, durch die örtliche Grenze der Thorzingel nicht beschränkt; hält jedoch die Corporation nur im Falle eines Transports aus dem Schiff oder Boot für ausschließlich berechtigt, und legt daher in Betreff der weitergehenden Berechtigung einen Beweis auf. Letzteres begnügt sich nicht mit der von dem WG. bekundeten Notorietät, und stellt daher den Beweissatz dahin fest:

„daß einem Lübecker Kaufmann nicht zustehe, Kaufmannsgut oder Fabrikate, welche zum Handel bestimmt sind, von einem Orte der Fabrikation, der sich, wie die Gasanstalt, vor den Thoren befindet, nach dem Hause oder Lagerraum des Kaufmanns oder seiner Abnehmer in der Stadt zu transportiren, ohne sich dabei der Hülfe verlehnter Träger zu bedienen."

Das OAG. hat dies bestätigt.

[5] Der Beklagte meint mit Unrecht, daß, da die gegenwärtige Träger-Corporation erst seit 1852 bestehe, bei ihr von einem Rechte erzeugenden Herkommen nicht die Rede sein könne, das WG. hätte also angeben müssen, welcher der ehemaligen Träger-Innungen das Herkommen zur Seite stehe. Denn da nach der Verordnung die Reform des Verlehntenwesens betreffend, vom $\frac{\text{28 Febr.}}{\text{1 März}}$ 1852 [6] Art. 2. alle Rechte der bisher getrennten Träger-Innungen auf die Mitglieder der neuen Corporation übergegangen sind, so war es völlig genügend, ein den Mitgliedern dieser Corporation zur Seite stehendes Herkommen zu bezeugen, indem eben damit bezeugt ist, daß alle exclusiven Arbeitsbefugnisse der früheren einzelnen Innungen, insoweit dies nach der Beschaffenheit der Arbeit möglich ist, durch die Thorzingel nicht beschränkt seien. —

... Es handelt sich hier nicht, wie der Beklagte behauptet, von dem Beweise des Erwerbes eines Privile-

giums, der allerdings, in Ermangelung einer obrigkeitlichen Ertheilung, nur durch den Nachweis einer Uebung seit [7] unvordenklicher Zeit würde erbracht werden können; und eben so wenig von dem nach gleichen Grundsätzen zu behandelnden Beweise, daß eine den Trägern ursprünglich nur innerhalb der eigentlichen Stadt verliehenen oder erworbenen Gerechtsame später über diese örtliche Grenze hinaus zur Anwendung gekommen sei, also von der späteren Erweiterung eines ursprünglich beschränkteren Verbietungsrechtes; sondern es handelt sich nur von der genaueren Bestimmung oder eigentlichen Bedeutung des den Trägern zustehenden allgemeinen Rechts auf Bearbeitung von Kaufmannsgütern, ob nämlich dieses Verbietungsrecht, insofern es in einer speciellen Beziehung begründet ist, durch die örtliche Grenze der Stadt, oder aber seiner wahren Bedeutung nach vielmehr lediglich [8] durch die Grenzen, innerhalb welcher der Transport der Waaren als solcher sich bewegt, beschränkt sei: und hinsichtlich dieser Bedeutung und der daraus fließenden Ausdehnung der Arbeitsbefugnisse der Träger den Kaufleuten und Fabrikherren gegenüber muß allerdings der Nachweis des Herkommens genügen, und daß dasselbe, wo in einzelnen Fällen bestritten, durch gerichtliche Entscheidungen anerkannt sei. Auch läßt sich nicht bezweifeln, daß, wie der Richter ein eigentliches Gewohnheitsrecht, wenn ihm dessen Existenz völlig zweifellos ist, ohne Weiteres seinen Entscheidungen zum Grunde legen kann, das Gleiche auch von einem subjectiven Rechte der vorliegenden Art gilt. Und so war das WG. allerdings befugt, das ausschließliche Recht der Träger als nicht durch die Thorzingel [9] beschränkt, wenn es ihm in dieser Bedeutung nach der ihm beiwohnenden speciellen Kenntniß der einschlagenden Verhältnisse und der ihm zu Gebote stehenden Erkenntnißquellen durch entschiedenes Herkommen und mehrfache Entscheidungen vollkommen begründet erschien, ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen und nicht erst den Klägern zum Beweise zu verstellen. Allein darüber, ob dasjenige, was das WG. als notorisches Herkommen bezeichnet, und die von demselben nur im Allgemeinen in

Bezug genommenen mehrfachen Entscheidungen nach Zahl und Inhalt wirklich geeignet sind, das von den Klägern in Anspruch genommene Recht zu beweisen, ist eine Verschiedenheit der Ansichten möglich. Es kann daher dem höheren Richter, dem jene specielle Kenntniß der Verhältnisse [10] abgeht, so lange ihm das Nähere über Herkommen oder Präjudicate nicht dargelegt ist, nicht füglich zugemuthet werden, auf ein solches allgemeines Zeugniß hin das Recht der Kläger in dem streitigen Umfange ebenfalls ohne Weiteres anzuerkennen.

Freilich konnte die Frage entstehen, ob nicht dem vorliegenden Zeugnisse des WG. jedenfalls die Kraft und Wirkung beigelegt werden durfte, die Kläger vom Beweise zu befreien und dem Beklagten nur noch den Gegenbeweis nachzulassen. Indessen mußte es, auch abgesehen davon, daß die Kläger keinen eventuellen Antrag darauf gerichtet haben, im eigenen Interesse derselben angemessen erscheinen, ein förmliches Beweisverfahren zu eröffnen, um ihnen dadurch Gelegenheit zu geben, alles zum Beweise ihres Rechts Dienende vollständig [11] beizubringen....

## 373. Ziems Bekl. w. Kindt u. Gen., i. S. d. Weiß- u. Fastbäcker-Amts, 29. Nov. 1856. Z43R.

Die der Bäckerzunft zu Lübeck angehörigen Bäcker zu Travemünde haben in Betreff des Brodverkaufs ein Verbietungsrecht nicht blos in dem Flecken, sondern auch in dessen Feldmark.

Der Beklagte hat die auf der Travemünder Feldmark belegene, der St. Lorenzkirche gehörige Windmühle in Pacht und betreibt auf derselben das Müllergewerbe. Seit einiger Zeit aber verband er damit auch die Ausübung des Gewerbes eines Bäckers, indem er Brod zum Verkauf backt, was ihm, wie er anführt, für seinen Erwerb als Müller wegen der Concurrenz mit den nahe gelegenen Müllern in Rönnau und Gneversdorf zur [2] Nothwendigkeit geworden, seitdem diese mit dem Müllergewerbe das Backen verbunden haben. Gegen

diese Ausübung der Brodbäckerei aber glaubten die Kläger, Bäcker in Travemünde, Einsprache erheben zu können, indem die Brodbäckerei in Lübeck notorisch zünftig betrieben werde und vermöge des den Lübecker Aemtern zustehenden Zunftzwanges nur von Zunftgenossen ausgeübt werden dürfe, der Zunftzwang der Lübecker Aemter aber auch auf Travemünde in der Maaße sich erstrecke, daß ein in Lübeck zünftiges Gewerbe auch in Travemünde nur von Angehörigen der betreffenden Lübecker Zunft ausgeübt werden dürfe. Sie erhoben deshalb bei dem WG. zu Lübeck am 3. April 1855 eine Klage gegen den Müller Ziems und baten in derselben, dem Beklagten bei Vermeidung angemessener Strafe jedweden Verkauf von Brod zu verbieten u. V. i. d. K.

Das [3] WG. verurtheilte demgemäß den Beklagten, sich alles Verkaufens von Brod auf seiner Pachtmühle zu Travemünde bei Vermeidung einer Strafe von 30 M. für jeden Uebertretungsfall zu enthalten, und in die Kosten.

Auf Appellation des Beklagten, weil: 1) die Klage nicht abgewiesen; event. 2) Klägern nicht der Beweis des Verbietungsrechts auferlegt; 3) dem Beklagten nicht der Gegenbeweis gegen solches vorbehalten, und 4) Kläger nicht in die Kosten des Verfahrens verurtheilt seien, erkannte das OG. (J. F. Leipzig) bestätigend aus folgenden Gründen:

Wenn ein Landgebiet zur Stadt, wie es in Deutschland so oft vorkommt, in d e m gewerblichen Verhältnisse steht, daß ein auf demselben Ansässiger das betreffende Gewerbe nur dann ausüben darf, wenn er die Aufnahme in die städtische Zunft erwirkt hat, und somit der städtische Zunftverband mit allen seinen [6] Consequenzen sich auf das Landgebiet mit erstreckt, so würde aus dem Umstande, daß die in der S t a d t angesessenen Meister für das Land nicht arbeiten dürfen, sondern dieses Recht nur die auf dem L a n d e angesessenen in die städtische Zunft aufgenommenen Meister haben würden, nicht das Geringste gegen das Recht der Zunft folgen, auch auf dem Lande den Zunftzwang, somit ein Verbietungsrecht gegen jeden auf dem Lande Angesessenen, der nicht in die Zunft aufgenommen worden ist, auszuüben, und wenn daher auch die in Lübeck angesessenen Bäcker nicht das Recht haben

sollten, Brod in Travemünde einzuführen, so würde daraus noch gar nicht folgen, daß der Lübecker Zunft die Befugniß nicht zustehe, zu verlangen, daß in Travemünde nur von den ihr incorporirten, in Travemünde angesessenen Meistern das Bäckergewerbe ausgeübt werde. Allerdings bilden die Travemünder Bäcker für sich keine Zunft; aber daraus folgt noch nicht, daß sie im Bereich von Travemünde nicht ein Verbietungsrecht [7] gegen unzünftige Meister haben können, indem ihnen ja dieses Recht durch ihre Aufnahme in die städtische Zunft zukommen kann und aus den nachher anzuführenden Gründen wirklich zukommt. Es kommt nämlich bei der vorliegenden Sache

I) zunächst Alles darauf an, ob der Zunftzwang, welcher der Lübecker Bäckerzunft zusteht, sich auch auf Travemünde erstreckt. Daß dem so sei, erklärt das angeführte Erkenntniß des WG. für etwas ganz Notorisches. Es sei, sagt es, „notorisch, daß das Städtchen Travemünde eine gewerbliche Selbstständigkeit nicht besitze, vielmehr dem Zwangsrechte der städtischen Zünfte insoweit unterliege, daß die hier (in Lübeck) zünftig geübten Gewerbe auch dort nur von Mitgliedern der betreffenden hiesigen Zünfte betrieben werden dürfen, sei es von hiesigen städtischen Meistern selbst oder von hierselbst incorporirten, für Travemünde angenommenen Landmeistern.“ [8] Abgesehen von diesem gerichtlichen Zeugnisse über die Notorität der Einrichtung, ergiebt sich das gleiche Resultat aus den Thatsachen, die der Beklagte nicht in Abrede zieht. Er giebt, anknüpfend an die Einrichtung, wie sie sich in Deutschland früher in großer Ausdehnung gebildet hatte, zu, daß die Travemünder Gewerbetreibenden, um das Gewerbe dort ausüben zu können, den Charakter und die Befähigung eines städtischen Zunftmeisters haben müssen. Wenn nun aber hiernach die Einrichtung besteht, daß in dem außerhalb der Stadt liegenden Gebiete (im vorliegenden Falle in Travemünde) von einem dort Angesessenen das zünftige Gewerbe nur ausgeübt werden kann, wenn er von der städtischen Zunft als Mitglied aufgenommen wurde, so liegt darin nichts Anderes, als daß die städtische Zunftverfassung mit den ihr innewohnenden Attributen sich auch

auf das Land erstrecke. Zu diesen Attributen [9] gehört aber wesentlich der Zunftzwang, das Recht, jedem Nichtmitgliede der Zunft die Ausübung des Gewerbes zu verbieten, und somit muß hiernach der Bäckerzunft in Lübeck das Recht zukommen, zu verlangen, daß in Travemünde das Bäckergewerbe blos von einem ihr Angehörigen ausgeübt wurde. In der That würde die Nothwendigkeit, daß ein Travemünder, wenn er in Travemünde Bäckerei üben will, in die Lübecker Zunft aufgenommen sei, gar keinen Sinn haben, falls auch jeder Andere, z. B. ein Müller in Travemünde, Brod zum Verkauf backen dürfe; denn eben im Begriff des zünftigen Gewerbes liegt es, daß in dem Sprengel, für welchen die Ausübung des Gewerbes durch den Eintritt in die Zunft bedingt ist, nur der zünftige Meister das Gewerbe ausüben und gegen jeden Andern ein Verbietungsrecht geltend machen darf. [1])

Auch giebt dies der Beklagte selbst zu in den Worten: „der Gewinn, der den Zünften aus der Verpflichtung der Landmeister, in die Zunft einzutreten, erwuchs, konnte nur darin bestehen, daß sie einestheils den unzünftigen Betrieb eines zünftigen Handwerkes verhinderten, anderntheils darin, daß sie die Zulassung zu den Stellen der Landmeister, wenn auch die Auswahl des Zuzulassenden immer der Behörde verblieb, doch ihren Mitgliedern in Aussicht stellen durften, oder wenigstens Gelegenheit hatten, sich eines neuen Concurrenten zu entledigen."

Sollte aber auch noch außer der Nothwendigkeit der Aufnahme in die Zunft eine besondere, von der Behörde ausgehende Concession zum Betriebe des Gewerbes nöthig sein, [11] so würde dadurch das angeführte Resultat nicht geändert. Allerdings hat ein von der Behörde zum Betriebe eines Gewerbes Concessionirter eben damit noch nicht von selbst auch ein Verbietungsrecht gegen Andere; allein wenn nur derjenige concessionirt wird, welcher bei der städtischen Zunft Meister geworden ist, also nur ein solcher Meister als

[1]) Mevius, Dec. P. 9. Dec. 100; Eichhorn, Deutsch. Priv.-R. §. 384.; Beseler, Deutsch. Priv.-R. 1855. §. 210. Nr. 5.

Zunftmitglied das Gewerbe treiben darf, so liegt eben darin die Anerkennung, daß die Zunftverfassung mit ihrem Zunftzwange (der von einem eigentlichen Bannrechte wohl zu unterscheiden ist) sich auch auf das betreffende Gebiet erstrecke. Besondere Momente aber dafür, daß mit dem Zunftrecht der Stadt L., das sich hiernach auf Travemünde mit erstreckt, ein Verbietungsrecht gegen unzünftige Gewerbtreibende, gegen die sonst geltende Regel, nicht verbunden sei, hat der Beklagte nicht namhaft zu machen gewußt. Hiernach kommt es nur noch

[12] II) auf die Frage an, ob der berührte Zunftzwang in Travemünde sich bloß auf die Stadt Travemünde beschränke, oder ob er sich auch auf die städtische Feldmark beziehe. Das Erstere wird von dem Beklagten event. behauptet. Allein es hat keinen Zweifel, daß die Zunfteinrichtung, wenn sie in einer Stadt besteht, mit ihren Consequenzen, also auch dem Zunftzwang, sich nicht bloß auf den von den Mauern der Stadt umschlossenen Raum beschränkt, sondern sich auch auf das städtische Weichbild, die zur Stadt gehörige Feldmark erstreckt. Wenn aber Beklagter glaubt, daß das bestehende polizeiliche Verbot des Einbringens fremden Brodes in das Thor von Travemünde gerade zu dem Gegentheil führe, weil dasselbe den Kreis der Thore der Stadt nicht überschreite, auch die Bäcker ihre Controle stets auf die Stadt beschränkt hätten und kein einziger Fall vorliege, daß auch außer der Stadt Brod [13] wäre angehalten worden: so wird hier aus einem Umstande gefolgert, der einem ganz andern Gebiete angehört und für die vorliegende Frage ohne Bedeutung ist. Denn das Verbot des Einbringens fremden Brodes in die Stadt, also das Verbot, daß die Einwohner von Travemünde ihr Brod von anderen, als von städtischen Bäckern beziehen dürfen, gehört in das Gebiet des Bannrechts; der Kreis eines solchen Bannrechts kann aber wohl ein anderer sein, als der Kreis des Zunftzwanges, so daß von dem einen ein Schluß auf den andern nicht gemacht werden kann.

Auf abermalige Appellation des Beklagten unter Auf-

stellung derselben Beschwerden bestätigte das OAG. das vorige Erkenntniß u. V. i. d. K. aus folgenden Gründen:

[2] In Betreff der Ausführungen des Beklagten in den vorderen I. genügt eine Verweisung auf die Gründe z. v. U., denen Folgendes hinzuzufügen ist:

Da in Lübeck bekanntlich strenges Zunftrecht gilt, so folgt daraus für solche Gewerbe, welche hierselbst zünftig betrieben werden, der Zunftzwang, d. h. das Recht jeder Zunft, Solchen, die nicht zu ihr gehören, das Betreiben ihres Gewerbes, als Mittel des Gewinnes, zu verbieten, ganz von selbst. Wird also, wie dies nicht bestritten ist, in Travemünde die Bäckerei seither factisch ausschließlich von Mitgliedern der Lübeckischen Bäckerzunft betrieben, so steht damit [3] schon deren Verbietungsrecht im Bereich der Commune Travemünde als erwiesen fest. Wenn der Beklagte dagegen einwendet,

1) Travemünde liege außerhalb des Lübeckischen Zunftgebietes, da dieses sich nicht über die Landwehr hinaus erstrecke, so ist das ein Irrthum. Der Gegensatz des Gebietes innerhalb und außerhalb der Landwehr berührt rechtlich Travemünde nicht, sondern ist nur der des alten Stadtgebiets einerseits und der späteren Erwerbungen, also namentlich der s. g. Kämmerei-Dörfer und der ehemals zum Domcapitel gehörenden, andererseits. Travemünde ist alter Besitz der Stadt und steht namentlich in gewerblicher Beziehung, also rücksichtlich der Verbietungsrechte der Lübeckischen Zünfte, dem Gebiete innerhalb [4] der Landwehr rechtlich im Wesentlichen gleich, während factisch insofern ein Unterschied zwischen Beiden stattfindet, daß bei der Entlegenheit des Städtchens von dem Sitze der Zünfte und in Berücksichtigung seiner Populationsverhältnisse mehre und andere Handwerke, als sonst auf dem platten Lande in der Regel gestattet sind, mit Bewilligung der Lübeckischen Zünfte dort im Orte selbst betrieben werden. Das Dilemma des Beklagten: die Travemünder Bäcker hätten, als solche, kein Verbietungsrecht, weil sie keine Zunft bilden, und als Mitglieder der Lübeckischen Zunft deshalb keins, weil Travemünde

außerhalb des Lübeckischen Zunftgebiets liege, ist also unzutreffend. — Ebenso irrig ist es aber, wenn

[5] 2) eingewandt wird, der Brodverkauf könne dem Beklagten deshalb nicht gewehrt werden, weil es nicht in, sondern außerhalb Travemünde geschehe. Denn es ist ein ausgemachter Satz, daß das Verbietungsrecht einer Zunft sich nicht bloß auf die Stadt, wo sie ihren Sitz hat, innerhalb deren Ringmauern, sondern auch auf deren Feldmark erstreckt: und daß von diesem Satze für Travemünde eine besondere Ausnahme rechtlich begründet sei, hat der Beklagte nicht zu behaupten vermocht. Keinem Zweifel aber unterliegt es, daß die Mühle des Beklagten, auf welcher das Brod gebacken und verkauft wird, in der Feldmark von Travemünde liegt, wie denn auch der Beklagte selbst Glied der dortigen Commune ist. —

B) Das Vorbringen des Beklagten in gegenwärtiger J. beruht auf der Verwechselung zweier verschiedener Institute.

Ausgemacht ist, daß, wo strenges Zunftrecht gilt, diejenigen, welche ausnahmsweise auf dem Lande zur Betreibung eines zünftigen Gewerbes zugelassen zu werden beabsichtigen, Mitglieder einer städtischen Zunft werden müssen.

Pr. Landr. Th. 2, Tit. 8, Abschn. 3, §. 185. 186.
Bayerische Polizeiordnung, L. 4, T. 1, Art. 8.
(vergl. Kreitmeier, Abhandl. vom Handwerkswesen, §. 24 bei Ortloff, Corp. jur. opificiarii, [7] S. 478.)
Kursächsisches Generale vom 12. Jan. 1793.
(vergl. Merbach, Theorie des Zunftzwangs, S. 50—51, und Haubold, Sächs. Priv.-R., §. 440 a. E.)
Ordnung für die Gilden im Herz. Braunschweig, Tit. 4, §. 16. (Ortloff a. a. O., S. 196.)
Merbach a. a. O. S. 47.

Hieraus folgt aber ganz von selbst, daß diese s. g. Landmeister bezw. ihre Zunft ein Verbietungsrecht gegen Unzünftige in ihrem Bezirke haben, besonders dann, wenn dieser Bezirk zu einem städtischen Zunftgebiete gehört.

Etwas hiervon durchaus Verschiedenes ist es, daß Handwerker an Orten, wo ihr Handwerk nicht ein zünftiges, sondern ein [8] freies ist, um es zu erreichen, daß zünftige Gesellen bei ihnen arbeiten können, und die bei ihnen ausgelernten Gesellen bei zünftigen Meistern Aufnahme finden, sowie zur Erlangung anderer Vortheile den Zünften gegenüber, mit Erlaubniß ihrer Obrigkeit sich in auswärtige oder einheimische verwandte Zünfte einzünften können.

Herzoglich Sachsen-Coburg-Saalfeldsche allgemeine Innungsgesetze, §. 17 (bei Ortloff a. a. O., S. 602).

Hiervon allein handeln Ortloff und Weißer in den vom Beklagten citirten Stellen. Es springt mithin in die Augen, wie unpassend es ist, wenn Beklagter dasjenige, was bei dieser s. g. Einzünftung Rechtens ist, herbeizieht, um es als zweifelhaft hinzustellen, ob die Travemünder Bäcker, obgleich sie [9] anerkanntermaßen Genossen der Lübeckischen Bäckerzunft werden müssen, um ihr Gewerbe in Travemünde ausüben zu können, dadurch ein Verbietungsrecht erlangen....

---

## 374. Christeinicke Bekl. w. St. Marienkirche, 20. Dec. 1856. C82W.

1) Die Nichtzuziehung von Sachverständigen als Gehülfen des Richters bei der Urtheilsfällung über actenmäßige Thatsachen bildet keinen Gegenstand der Beschwerde für eine Partei, welche es unterlassen hat, ihren Beweis auf die Vernehmung von Sachverständigen über diese Thatsachen zu richten.

2) Stat. 5, 7. Art. 15 spricht nur eine Unfähigkeit zum Zeugniß für Personen aus, welche an der rechtlichen Berathung oder Behandlung der Angelegenheit, welche Gegenstand des Rechtsstreits geworden ist, in einer ihre Unparteilichkeit aufhebenden Weise Theil genommen haben.

3) **Handwerker**, welche bei der Veränderung einer Sache als Techniker zugezogen wurden, sind in einem Rechtstreit über den Zustand der Sache vor der Veränderung classische Zeugen.

4) Schuldlosigkeit und Irrthum bei Beginn eines Rechtstreits sind keine Gründe zur Kostenvergleichung. p. 40.

5) Das Obsiegen in einem untergeordneten Nebenpunkt hat theilweise Kostenvergleichung nicht zur Folge. p. 40.

[3] Die vierte Beschwerde (dahin, daß das U. über das Beweisresultat durch einen Sachverständigen hätte gesprochen werden sollen), welche dahin erläutert ist, daß ein Sachverständiger höheren Ranges zur Urtheilssprechung hätte zugezogen werden müssen... [4] d. h., daß vor der Urtheilsfällung ein sachverständiges Gutachten von amtswegen einzuholen gewesen wäre, war zu verwerfen. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß der Richter befugt ist, zum Behuf sachkundiger Beurtheilung actenmäßiger Thatsachen aus eigenem Antriebe Kunstverständige zu einem Gutachten zu veranlassen; und dies gilt folgeweise auch da, wo es darauf ankommt, aus den von Zeugen bekundeten Thatsachen die richtigen Schlußfolgerungen zu ziehen, und so dem Richter über die Bedeutung der bezeugten Thatsachen eine klarere Erkenntniß zu gewähren. Allein ob von dieser Befugniß Gebrauch gemacht werden soll, hängt lediglich davon ab, ob der Richter selbst es als Bedürfniß erkennt, [5] über die ihm vorgelegten Thatsachen und deren Bedeutung sich eine weitere sachkundige Aufklärung zu verschaffen. Ist dies nicht der Fall, so kann der Partei, welche bei ihrer Beweisantretung unterlassen hat, auf Vernehmung von Sachverständigen zu dem angegebenen Zweck anzutragen, auch kein Recht auf nachträgliche Einziehung eines Gutachtens zustehen, und somit fehlt es zu einer Beschwerde über unterlassenes Einziehen eines solchen an jedem Grunde...

[9] Anlangend sodann die Glaubwürdigkeit der Beweiszeugen des Beklagten, so sind dieselben i. v. U. mit Recht als classisch anerkannt worden. Der Einwand, daß die Be-

stimmungen des Stat. 3, 12, Art. 3 u. 6 ihrer Glaubwürdigkeit [10] entgegenständen, ist bereits in den Gründen der beiden v. Erk. genügend widerlegt, auch in j. I. nicht weiter verfolgt worden. Es kommt daher nur noch auf die Vorschrift des Stat. 5, 7. A. 15 an. Wenn man nun auch diese Stell enicht auf den Fall, wo Jemand in der Führung des anhängigen Processes selbst Rath oder Beistand geleistet hat.

vgl. Mevius C. ad h. l.

beschränken will, so kann doch der Ausdruck „in derselben Sache, in welcher Jemand in Rathen und Thaten gewesen ist," nur auf das Rechtsverhältniß, welches unter den Parteien zu einem streitigen wurde, bezogen, und nur angenommen werden, daß diejenigen, welche an der rechtlichen Berathung oder Behandlung einer [11] Angelegenheit in einer ihre Unparteilichkeit aufhebenden Weise Theil genommen haben, vom Zeugniß ausgeschlossen werden sollten; eine Ansicht, für welche sich das OAG. schon in einer früheren Entscheidung

Gibbons u. Healing w. Marty, 10. Dec. 1835 (S. 2, Nr. 186A p. 173. 174.)

geneigt erklärt hat. Auf Handwerker, welche Jemandem behülflich sind, eine Veränderung an einer ihm gehörigen Sache vorzunehmen, ohne Kenntniß davon zu haben, daß dagegen ein Widerspruchsrecht anderer Personen in Frage kommen könne, und welche dann über den Zustand der Sache vor der Veränderung vernommen werden sollen, läßt sich danach die Vorschrift in keinem Fall anwenden. Daraus folgt nun zwar zunächst nur, daß solche Zeugen nicht als unzulässig zu verwerfen sind. Es ist indessen in ihrer [12] Mitwirkung auch nach allgemeinen Regeln ein Verdachtsgrund nicht zu finden. Sind Handwerker nur über die technische Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit, nicht aber über die rechtliche Zulässigkeit einer durch sie beschafften Veränderung zu Rathe gezogen worden, so bleiben sie von allen Folgen des Rechtsstreites unberührt, und kann selbst das Gefühl einer moralischen Verpflichtung, die rechtliche Statthaftigkeit der Veränderung zu vertreten, mit Grund nicht vorausgesetzt werden. . .

## 1857.

### 375. Riesland Bekl. w. Capt. Beuer, 26. Jan. 1857. R238R.

1) Der Beweis, daß vom Schiffer mehr verladen, als abgeliefert worden sei, ist vom Empfänger der Waare, und zwar bei reiner Zeichnung des Connossements durch dieses, bei Zeichnung mit der Clausel: „Gewicht unbekannt" anderweit zu führen. rat.

2) Wenn der Schiffer eine Fustage in äußerlich unverletztem Zustande abliefert, so haftet er nicht für die Verschlechterung oder Verminderung des Inhalts; wenn in beschädigtem, für die erweisliche Veränderung des Inhaltes, welche mit der Beschädigung in Causalzusammenhang steht. Von letzter Verpflichtung wird er nur frei durch den Beweis, die Fustagen seien abgeliefert wie empfangen, oder die Beschädigung sei ohne sein und seiner Leute Verschulden eingetreten. rat.

3) Wenn das Gewicht verladener Ballen im Connossement mit der Clausel: „Gewicht unbekannt" nur partienweise angegeben, und einzelne Ballen mit aufgelöster Emballage abgeliefert sind, so wird hiedurch an der Beweislast des Empfängers, es sei mehr verladen als abgeliefert, Nichts geändert.

4) Durch Empfang der Waare in aufgelöster Emballage, ohne Constatirung der einzelnen beschädigten Ballen unter Zuziehung des Schiffers wird dessen Haftungsverbindlichkeit

aus der Beschädigung der Fustagen aufgehoben.

5) Die Hamb. V. v. 27. März 1786 Art. 9,[1]) betreffend die Anzeigepflicht beschädigter Fustagen vor Beginn der Löschung gilt in Lübeck nicht.

Soviel

I. die erste Beschwerde der Beklagten betrifft, so konnte

A. dem Antrage auf Wiederherstellung des [2] NG.-Erk., welches dem Kläger den Beweis auferlegt hat: daß er an den Beklagten 112 Ballen Hanf abgeliefert habe, und zwar unter ihnen diejenigen Ballen, welche mit loser Emballage geliefert worden seien, mit demjenigen Gewichtsinhalte, welchen sie zur Zeit ihrer Verladung in Memel hatten, nicht stattgegeben werden, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Wenn der Schiffer ein Connossement, worin das Gewicht der eingeladenen Güter genau angegeben ist, ohne allen Vorbehalt zeichnet, so liegt darin das Geständniß, so viel an Gewicht, als das Connossement angiebt, empfangen zu haben. Liefert er daher weniger ab, so bildet jenes [3] Geständniß in der Regel, abgesehen von dem unten zu erwähnenden Ausnahmsfalle, gegen ihn einen liquiden Beweis, und er muß für das zu wenig Abgelieferte aufkommen, falls er nicht nachweisen kann, entweder, daß die Gewichtsangabe im Connossemente und also auch sein Geständniß auf einem Irrthume beruht, oder daß der Manco unterwegs durch einen Umstand eingetreten ist, für den er nicht haftet.

Anders dagegen verhält es sich, wenn der Schiffer, wie im vorliegenden Falle, das Connossement mit Bewilligung des Absenders gezeichnet hat mit der Clausel: Gewicht unbekannt. In diesem Falle hat die Angabe des Gewichts der verladenen Güter im Connossemente zwar immer die Bedeutung und Wirkung, daß die [4] nach Gewicht stipulirte Fracht nach Maaßgabe des angegebenen Gewichts

[1]) Vgl. die betreffenden Entscheidungen des OAG. in Hamb. Ger.-Z. 1862 bis 1864.

bezahlt werden muß, aber nicht die, daß, wenn der Schiffer weniger an Gewicht abliefert, als das Connossement besagt, jene Angabe ohne Weiteres beweiset, daß der Schiffer weniger abgeliefert hat, als er verladen. Dagegen befreit ihn diese Clausel natürlich nicht von der Verbindlichkeit, das zu liefern, was er erweislich wirklich eingenommen hat. — In der Sache selbst begründet daher die Clausel zwar keinen Unterschied. In beiden Fällen muß der Empfänger den Beweis übernehmen, daß mehr verladen, als abgeliefert sei. Der Unterschied besteht nur darin, daß er diesen Beweis im ersten Falle in der Regel durch das Connossement führt, im zweiten Falle anderweitig führen muß.

[15] Nun sind zwar die vorigen Richter (J. S. Berlin) der Ansicht, dieser aus der Natur des Frachtcontracts sich ergebende Satz, über den denn auch die seerechtlichen Schriftsteller völlig einig sind: S. u. a.

Emerigon, Traité des assurances. 1, p. 327 u. f.
Boulay-Paty, Droit commercial maritime. 1, p. 409 u. f.; 2, S. 309.
Pöhls, Handelsrecht. 3, S. 416. 477—479.
Kaltenborn, Seerecht 1, S. 267—68. 339—41.

leide im vorliegenden Falle deshalb eine Ausnahme, weil der Schiffer einen Theil der verladenen Hanfballen nicht, wie er sie empfangen, in fester, sondern in gelöster Emballage abgeliefert habe: nun müsse er hinsichtlich dieser Ballen [6] beweisen, daß das Gewicht derselben, als er sie in Memel empfangen, nicht größer gewesen sei, als das abgelieferte. Allein diese Ansicht beruht auf einem Mißverständnisse eines an sich richtigen Satzes oder doch auf der Anwendung desselben auf ein Verhältniß, wo er nicht paßt. Dieser Satz ist der, daß, wenn der Schiffer eine Fustage in äußerlich unverletztem Zustande abliefert, er für die Verschlechterung oder Verminderung des Inhalts nicht aufkommt, wohl aber, wenn er die Fustage äußerlich beschädigt abgeliefert und mit dieser äußeren Beschädigung die erweislich eingetretene Veränderung des Inhalts in einem Causalzusammenhange steht. Dieser Satz, aus dem allerdings folgt, daß in einem solchen Falle der Schiffer sich nur durch den

Beweis [7] befreien kann, daß er die Fustagen so empfangen, wie er sie abgeliefert, oder daß die Beschädigung ohne sein und seiner Leute Verschulden eingetreten sei, findet sich ausgesprochen in der vom NG. angezogenen Stelle bei

Kaltenborn, a. a. O. S. 340—41.

und angedeutet in der von den vorigen Richtern citirten Stelle bei

Pöhls, a. a. O. S. 574.

Allein dieser Satz findet im vorliegenden Falle keine Anwendung. Zwar giebt der Kläger zu, daß er einige Hanfballen, statt in fester, wie er sie empfangen, in gelöster Emballage abgeliefert hat. Nun ist aber im Connossemente das Gewicht der einzelnen [8] verladenen Hanfballen gar nicht angegeben, sondern nur bei jeder der drei verladenen Parteien das Gewicht der bezw. 17, 50 und 45 Ballen in folle. Der Beklagte vermag daher auch gar nicht zu behaupten, daß gerade die, mit aufgelöster Emballage abgelieferten Ballen bei der Verladung mehr gewogen haben, als bei der Ablieferung, noch überall, worauf es doch wesentlich ankommen würde, diese Ballen näher zu bezeichnen. Er gründet vielmehr seinen Anspruch darauf, daß überhaupt die sämmtlichen abgelieferten Ballen nicht dasjenige Gewicht gehabt haben, welches das Connossement angebe. Da es nun möglich ist, daß auch die abgelieferten festen Ballen bei der Verladung nicht so viel gewogen haben, wie im Connossemente bei der Gewichtsangabe im Ganzen zum Grunde gelegt ist, [9] diese Angabe aber gegen den Kläger wegen seines Vorbehaltes: „Gewicht unbekannt" nichts beweiset, so erscheint es ungerechtfertigt, den Kläger mit dem Beweise zu bebürden, daß die aufgelöst gelieferten Ballen ursprünglich nicht mehr gewogen haben, als bei der Ablieferung, und es braucht nicht einmal darauf hingewiesen zu werden, daß die Auflösung einer Emballage an sich in keinem nothwendigen Causalzusammenhange steht mit der Gewichtsverminderung des Ballens.

Wäre aber auch an sich der Kläger schuldig, diesen Beweis zu führen, so kann doch

2) mit den vorigen Richtern nicht angenommen werden,

daß er dazu schuldig sei, nachdem der Beklagte die Waare so, wie geschehen, empfangen. In diesem Punkte darf auf die [10] Ausführung der vorigen Entscheidungsgründe, welche einem ganz ausgemachten Grundsatze des Seerechts:

Der wohlunterwiesene Schiffer, S. 112

entspricht, Bezug genommen werden, und ist derselben nur die Bemerkung hinzuzufügen, daß im gegenwärtigen Falle der Beklagte dadurch, daß er unterlassen hat, sowie er wahrnahm, daß der Hanf theilweise in aufgelöster Emballage geliefert werde, was er selbst als sofort offensichtlich bezeichnet, in Gegenwart des Schiffers den Zustand des Abgelieferten ordnungsmäßig und zwar dahin genau constatiren zu lassen, wie viele und welche Ballen nach Nummern und Marken nicht in fester Emballage geliefert wurden, [11] es dem Schiffer ganz unmöglich gemacht hat, den Beweis, den er ihm aufbürden will, zu führen.

Auf die Einwendungen, welche der Beklagte gegen diesen Entscheidungsgrund des Obergerichts vorbringt, kommt es, da schon der Grund unter 1 völlig durchschlägt, eigentlich nicht an. Sie sind aber auch durchaus unbegründet. Denn wenn er

a) meint, daß er ohne Vorwurf sei, da er die Waare erst auf Lager genommen habe, nachdem er das Gewicht auf der Rathswaage habe constatiren lassen, so muß es sich künftig finden, ob er durch dieses Verfahren sich in den Stand gesetzt hat, zu beweisen, daß er wirklich allen aus dem Schiffe für ihn gelöschten Hanf hat wägen lassen, um also das [12] Mindergewicht des Gelieferten zu constatiren. Entscheidend gegen sein Verlangen des vom NG. dem Kläger auferlegten Beweises ist immer, daß er es unterlassen hat, unter Zuziehung des Schiffers das Gewichtsverhältniß des in gelöster Emballage gelieferten Hanfs zu dem in conservirten Ballen gelieferten zu constatiren.

Wenn er ferner

b) meint, der Schiffer habe sich seinerseits dadurch präjudicirt, daß er, als er noch vor der Entlöschung wahrgenommen oder doch habe wahrnehmen müssen, daß einzelne Ballen ohne Emballage im Schiffe gelegen, dem Beklagten

nicht sofort Anzeige davon gemacht habe, sondern die Waare ohne Concurrenz des Beklagten habe entlöschen lassen, so ist die Hamburgische revidirte Verordnung [13] vom 27. März 1786 Art. 9, auf welche er sich dafür beruft, eine particularrechtliche Bestimmung, die in Lübeck keine Gültigkeit hat. Gemeinrechtlich hat der Kläger genug gethan, wenn er den Beklagten, was nicht geleugnet ist, zum Empfange des für ihn verladenen Hanfs hat auffordern lassen.

Dagegen mußte

B) dem Beklagten die ihm obliegende Beweisführung dadurch erleichtert werden, daß man den Beweissatz des OGErk., unter Streichung der Worte „in loser Emballage" ganz allgemein dahin faßte,

daß und wie viel weniger an in Memel für ihn, den Beklagten, wirklich verladenem Hanfe der Kläger an ihn abgeliefert habe.

[14] Denn für die Differenz des wirklich verladenen Hanfs und des abgelieferten muß der Kläger, vorbehältlich seines Exculpationsbeweises, immer aufkommen, die Ballen mögen bei der Löschung beschaffen gewesen sein, wie sie wollen. Ueberdies scheint Beklagter gar nicht einmal zu wissen, wie viele und welche Ballen nach Marken und Nummern in loser Emballage geliefert sind, was doch nothwendig im Beweissatze ausgedrückt werden müßte; wenigstens hat er es darüber an jeder bestimmten Angabe fehlen lassen.

Nun hat freilich der Sachführer des Beklagten auf eine solche Abänderung des obergerichtlichen Beweises eine eventuelle Beschwerde nicht gerichtet. Allein da die Erleichterung des ihm [15] auferlegten Beweises sich zu dem Verlangen, daß dem Kläger der Beweis auferlegt werde, wie ein minus verhält, und da überdies der Kläger das Sachgemäße der verfügten Aenderung des Beweises dadurch anerkannt hat, daß sie von ihm in v. J. mittelst seiner dritten Beschwerde eventuell für sich in Anspruch genommen ist, so durfte über den Mangel eines Antrags des Beklagten füglich hinausgegangen werden.

II) Die zweite Beschwerde des Beklagten betrifft die Fassung des vom OG. dem Kläger nachgelassenen Beweises:

daß der Verlust ohne sein Verschulden eingetreten sei;

indem der Beklagte verlangt, daß an die Stelle der Worte [16] „ohne sein Verschulden" gesetzt werde: durch höhere Gewalt, und dafür den Grund geltend macht, daß der Schiffer auch für das Verschulden seiner Mannschaft aufkomme, es also nicht genug sei, daß er seine eigene Schuldlosigkeit nachweise. Indessen konnte dieser an sich richtige Grund doch nicht dahin führen, dem Beweise die beantragte Fassung zu geben, zumal Kläger sich darauf, daß eine etwaige Verminderung des von ihm verladenen Hanfs durch höhere Gewalt eingetreten sei, gar nicht berufen hat. Vielmehr erschien es genügend, den Beweis so, wie im U. geschehen, durch die Hinzufügung der Worte „und seiner Schiffsmannschaft" angemessen zu erläutern.

---

## 376. Deutsche Lebens=Vers.=Gesellsch. u. Stolterfoht, Test.=Vollstr. v. Havemann, 24. März 1857. L205R.

Proclame an unbekannte Berechtigte zur Geltendmachung ihrer Ansprüche dürfen bei Inhaberpapieren nur erkannt werden, wenn deren Besitz bescheinigt ist (rat.), bei Papieren auf Namen dagegen wird die Bescheinigung vorausgesetzt, daß das Papier auf den Namen des Nachsuchenden gelautet, oder rechtlich (durch Cession oder Erbgang) auf ihn übergegangen sei.

I. Die erste Beschwerde, welche [2] dahin geht, daß das nachgesuchte Proclam vom NG. nicht sofort, ohne den Imploranten noch irgend eine Legitimationsauflage zu machen, erkannt worden sei, konnte für begründet nicht erachtet werden.

Allerdings zwar läßt sich mit den vorigen Urtheilsverfassern nicht behaupten, daß eine Provocation zur Klage in Beziehung auf etwaige andere unbekannte Berechtigte —

und eine solche liegt in der von dem Imploranten beantragten Edictalladung — überhaupt gemeinrechtlich auch gegenwärtig nur beim gerichtlichen Verkaufe von Pfandobjecten und beim Concurse oder concursähnlichen Verfahren zulässig sei. Denn einerseits enthalten auch die, wie von ihnen zugegeben wird, zulässigen Edictalladungen zum Zwecke der Amortisation verlorener Papiere au porteur [3] eine Aufforderung zur Klage und andererseits ist mit nichten anzunehmen, daß die Zulässigkeit der Edictalladungen bei diesen lediglich auf der eigenthümlichen Natur solcher auf den Inhaber gestellten Papiere beruhe, indem vielmehr den Imploranten beizupflichten ist, daß sie bei solchen verlorenen Papieren, die auf den Namen des Inhabers gestellt sind, noch weniger Bedenken haben. Allein wenn die Imploranten die Analogie solcher Amortisationsproclame für ihren Antrag geltend machen, ohne weitere Bescheinigung ihres Rechts an den fraglichen Obligationen das nachgesuchte Proclam zu erkennen, so wird von ihnen übersehen, daß bei Amortisationsproclamen die Bescheinigung dieses Rechts die wesentliche Bedingung ihrer Zulässigkeit [4] ist. Bei Papieren au porteur, wo, wenn auch nicht die Forderung selbst, doch das Recht und die Möglichkeit ihrer Geltendmachung an den Besitz des Papiers geknüpft ist, muß deshalb der in den Händen des das Proclam Nachsuchenden vorhanden gewesene und verloren gegangene Besitz bescheinigt werden, indem hier der Besitz die Legitimation ist. Bei auf den Namen gestellten Papieren giebt dagegen der bloße Besitz in den Händen eines Andern diesem überall keine Legitimation. Sind daher solche Papiere verloren gegangen, so muß der die Amortisation Nachsuchende bescheinigen, daß sie entweder auf seinen Namen lauteten oder ihm cedirt gewesen seien.

vgl. z. B. das Gesetz über die Mortification Lüb. Staatspapiere vom 29. Mai 1850, §. 3.

Nun sind aber die jetzt fraglichen Obligationen auf den Namen von Demoiselle Elisabeth Catharina Blohm gestellt. Obgleich daher die Imploranten sich wirklich im Besitz derselben befinden, so giebt doch dieser Besitz allein ihnen nicht das Recht, auf ein Proclam anzutragen, in Folge dessen alle

etwaigen zu den Papieren Berechtigten mit ihren Ansprüchen daran gänzlich präcludirt, und die Papiere ihnen, den Imploranten zuerkannt werden sollen. Vielmehr hat das RG. mit Recht verlangt, daß die Imploranten sich zu den Obligationen annoch besser als geschehen legitimiren.

Nun meinen freilich die Imploranten, und darauf gründet sich

II. ihre dritte — eventuelle — Beschwerde, es müsse genügen, wenn [6] sie nur nachwiesen, daß sie als gegenwärtige Besitzer die fraglichen Obligationen mittelst gerechten Titels erworben haben, und es hätte daher das RG. seine Legitimationsauflage dahin beschränken sollen. Allein wenn gleich unter Umständen, namentlich dann, wenn seit dem nachgewiesenen rechtmäßigen Erwerbe von Seiten der Besitzer die gesetzliche Zeit der Klagenverjährung bereits abgelaufen ist, ein solcher Nachweis genügen dürfte, so war es doch in dem vorliegenden Falle für den Oberrichter um so bedenklicher, sich dahin auszusprechen, als ihm über die einschlagenden Verhältnisse, namentlich die Beerbung der rc. Blohm, gar nichts vorgelegt worden.

---

## 377. Ruff. Gef. f. See-, Fluß-, Land-Verf. u. Gütertransport w. Colsmann, 20. Juni 1857. R243X.

Die zur Appellationseinführung wie die zu deren Rechtfertigung gesetzten Fristen sind nach V. v. 5. Juli 1820 §. 27. 28. Nothfristen[1]); und solche gemeinrechtlich der Parteiwillkür entzogen.

Bestätigung: Da, abgesehen von der Frage, ob nicht das von der Klägerin angefochtene Decret des OG. vom 26. März 1857 unter die Kategorie derjenigen im §. 9. unter 1. der V. v. 5. Juli 1820 aufgeführten Zwischenbescheide, welche auf die Entscheidung der Hauptsache keinen Einfluß haben,

[1]) Jetzt für das OG. antiquirt, da die Rechtfertigung mündlich geschieht. S. CPO. §. 45. 113—115.

und gegen welche deshalb überhaupt keine Appellation stattfinden soll, gehöre, jedenfalls, selbst wenn diese Frage zu Gunsten der Klägerin zu beantworten sein sollte, über die Nothwendigkeit des Ausschlusses der ARechtfertigung kein Zweifel bestehen könnte, indem nach Lüb. Proceßrechte, welches zunächst allein entscheidend ist, der §. 27 der Verordnung die Einführungs- und die Rechtfertigungsfrist in gleicher Weise behandelt, so daß auch der letzteren der Charakter einer Nothfrist beigelegt werden muß, ohne einen Unterschied zu machen, ob jene Frist die gewöhnliche gesetzliche Dauer von 4 Wochen seit dem Tage der Eröffnung habe, oder ob dieselbe nach §. 27 abgekürzt oder nach §. 28 verlängert worden sei, welches letztere im vorliegenden Falle durch das Decret vom 15. Jan. 1857 ausdrücklich unter der Androhung des Ausschlusses geschehen ist;

da auch Nothfristen nach gemeiner Proceßpraxis den conventionellen Bestimmungen der Parteien völlig entzogen sind, und es mithin wirkungslos sein würde, wenn, wie dies allerdings den Anschein hat, der beklagtische Anwalt eine unbestimmte Ausdehnung der Rechtfertigungsfrist bewilligt haben sollte.

---

## 378. Jacobj u. Co. w. Mann u. Lilienthal, 14. Juni 1857. J112R.

1) Wenn der Verkäufer in einer Schlußnote sich verpflichtet hat, eine Quantität Hanf frei am Bord in Memel zu liefern, mit den Bestimmungen, daß der Hanf, wenn nicht schon unterwegs, sofort per Fuhr von Petersburg nach Memel zu senden sei, und daß den Käufern die Annullirung des Handels freistehe, wenn der Hanf nicht spätestens an einem benannten Tage daselbst zur Verladung disponibel sei, so ist der Käufer, welcher bei Ablauf des Termins von seiner Annullationsbefugniß keinen Gebrauch macht, sondern später die von dem Verkäufer anderweit beschaffte Waare sich liefern

läßt, nicht befugt, den gedachten Termin als Anfangspunkt für den Verzug des Verkäufers geltend zu machen, und hieraus eine Schadensforderung wider denselben abzuleiten.[1])

2) Sind in einer Entscheidung zwei Punkte, der eine stillschweigend, der andere ausdrücklich festgestellt, und ergreift die eine Partei gegen den letzteren eine Rechtsmittel, so darf die andere nach §. 135 OAGO. im Betreff der ersteren adhäriren.

---

## 379. Kahl w. Steuer- u. Stempel-Departement, 18. Juli 1857. K231V.

Nach constanter Praxis des OAG[2]) ist in dem Fall, wo gegen ein Verfahren erster J. Nichtigkeitsgründe in zweiter J. geltend gemacht, daselbst geprüft und verworfen sind, hiegegen nur eine Appellation, nicht aber eine auf dieselben Gründe gestützte Nichtigkeitsbeschwerde das in dritter J. zulässige Rechtsmittel.

---

## 380. Leise Ehefr. u. Kopka w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges., 18. Juli 1857. L207S.

1) Der Beklagte ist dem Kläger nicht editionspflichtig im Betreff von Urkunden Zwecks Führung des directen Gegenbeweises.

2) Gemeinsame Urkunden sind nicht bloß solche, an denen ein Miteigenthum zusteht, sondern auch die, welche zum Gebrauch oder zur Regulirung

---

[1]) Diese Entscheidung ist von den Klägern in einer Darlegung dieses Rechtsstreits mittelst besonderer Schrift veröffentlicht, und außerdem in dem N. Arch. f. Handelsrecht abgedruckt bzw. einer Beurtheilung unterzogen.

[2]) Zuletzt vor gegenw. Entscheidung H. Richter w. Schröder 3. Juli 1856 und früher wie später sehr oft.

der Rechtsverhältnisse des die Edition Suchenden verfertigt worden.

3) Ein Obductionsbericht, welchen eine Lebensversicherungsgesellschaft (§. 50 Statut.) nach dem Tode des Versicherten veranlaßt hat, ist eine gemeinschaftliche Urkunde.

[3] A. Wenn die Kläger für ihr Verlangen, daß ihnen alle nach Abschluß der Versicherung von dem Agenten der Beklagten Wulle und dem Dr. med. Blümner bei der beklagten Gesellschaft eingegangenen Berichte und Gutachten edirt werden, den Grundsatz geltend machen, daß die Beklagte schon nach ihrer processualischen Stellung schuldig sei, ihnen die zur Führung des directen Gegenbeweises gegen den Beweis einer Einrede verlangten Urkunden zu ediren, so haben die vorigen Richter bereits mit zureichenden Gründen ausgeführt, daß eine solche allgemeine Editionspflicht der Beklagten aus der, nach entschiedener Praxis, dem Kläger als solchem allerdings obliegenden mit nichten herzuleiten stehe, wie denn auch für eine solche eine Praxis des OAG. von den Klägern, welche im Uebrigen den Gründen des v. U. nichts entgegen zu halten versucht haben, mit Unrecht geltend gemacht wird. [4] Es fragt sich daher nur,

B. ob etwa der Fall einer speciellen gesetzlichen Editionspflicht der Beklagten vorliege. Diese wollen nun die Kläger durch die Behauptung begründen, daß sämmtliche an die Beklagte von ihrem Agenten und dem Dr. Blümner in Beziehung auf die streitige Lebensversicherung erstatteten Berichte und Gutachten für gemeinsame Documente zu achten seien. Allein mit Unrecht. Denn nach der richtigen, vom OAG. auch von jeher befolgten Ansicht ist, damit eine Urkunde für ein gemeinsames Document im Sinne der

l. 7. C. de edendo. 2, 1.

gelten könne, zwar nicht ein wirkliches Miteigenthum daran, wohl aber erforderlich, daß sie für den Gebrauch des die Edition [5] Suchenden, oder doch mit zu dem Zwecke verfertigt sei, um dessen Rechtsverhältnisse zu reguliren. — Geht man nun aber hiervon aus, so ist es

1) klar, daß die von dem Agenten Wulle und dem Dr. Blümner erstatteten Berichte, wenn sie gleich nicht, wie die vorigen Richter mit Unrecht als feststehend annehmen, den Zweck gehabt haben, der Beklagten Material zur Zurückweisung der Klage an die Hand zu geben, was nicht einmal die Beklagte behauptet hat, doch schon bloß deshalb, weil diese Schriftstücke die fragliche Versicherung zum Gegenstande haben, für gemeinschaftliche Urkunden der Parteien nicht zu achten sind. Denn als Vermittler des Versicherungs-Contracts sind die gedachten Personen, wenn [6] überall, doch jedenfalls nach erfolgtem Abschluß der Versicherung, nicht aufzufassen, sondern lediglich als in Geschäftsbeziehung zu der Beklagten stehend und bestimmt, deren Interesse zu dienen. Ihre Berichte und Gutachten sind nur bestimmt für den Gebrauch der Beklagten und haben überdies durchaus den Charakter vertraulicher Mittheilungen, nicht aber den Zweck, im Interesse beider Theile ein Rechtsverhältniß zu reguliren.

Ist demnach der Editionsantrag der Kläger in der Ausdehnung, in welcher das NG. demselben stattgegeben hat, auch aus diesem Gesichtspunkte von den vorigen Richtern mit Recht für begründet nicht erachtet worden, so unterliegt doch

2) ein Document, auf dessen Edition die Kläger speciell [7] angetragen, und welches sie namentlich in dieser J. besonders hervorgehoben haben, einer abweichenden Beurtheilung. Dies ist nämlich der Bericht des Dr. Cohn über die in Gemeinschaft mit Dr. Rega im August 1853 vorgenommenen Obduction der Leiche der versicherten Ehefrau Kopka.

Wie nämlich die Documente, welche nach §. 49 der Statuten der beklagten Gesellschaft derjenige, der nach eingetretenem Tode des Versicherten das Recht aus der Police geltend macht, um zur Erhebung der Versicherungssumme gelangen zu können, einzuliefern hat, unbedenklich gemeinschaftliche Documente sind, so muß das Gleiche auch von denjenigen Urkunden gelten, welche dadurch veranlaßt werden, daß der betreffende Agent oder die Direction der [8] Gesellschaft von dem im §. 50 der Statuten gewährten Rechte

Gebrauch macht, eine Obduction des verstorbenen Versicherten zu begehren. Denn diese Obduction ist etwas, was mit dem Object der Versicherung in Verbindung steht, was dazu dienen soll, den Rechtsbestand der letzteren, also auch die Rechte Derer, welche daraus einen Anspruch herleiten, festzustellen, deren Gestattung nach §. 50 von letzteren, welche ja in der Regel die nächsten Angehörigen des Verstorbenen sind, soll begehrt werden dürfen und daher von diesen, und nach §. 51 auch auf deren Kosten zu veranstalten ist. Diesen, zu denen im gegenwärtigen Falle der Ehemann der Versicherten gehört, steht daher auch selbstverständlich das Recht zu, das über das Resultat der Obduction Aufgezeichnete [9] von den Obducenten und jedem Dritten, in dessen Händen es sich befinden mag, mitgetheilt, folglich auch im vorliegenden Falle von der Beklagten edirt zu verlangen. Zwar ist nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien in diesem Falle der Breslauer Arzt der beklagten Gesellschaft, Dr. Blümner, es gewesen, welcher, um sich wegen seines früher erstatteten Gesundheitsberichts über die Versicherte, dem Krankheitsberichte des Hofraths Pulst gegenüber, zu rechtfertigen, die Obduction bei der Generalagentur beantragt hat. Indessen kann dies keinen Unterschied machen, da die Section abseiten der Generalagentur nur auf Grund des §. 50 von dem Ehemanne begehrt werden konnte, [10] überdies aber hier die Rechtfertigung des Dr. Blümner zugleich im Interesse der Kläger geschah.

---

## 380 B. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. w. Leise Ehefr. u. Kopka, 21. Juni 1859. L 222 S. (J. F. Halle.)

Unrichtige Standesdeclaration kann die Nichtigkeit einer Lebensversicherung herbeiführen. p. 5 bis 21.

In einem Rechtsstreit über die Ungültigkeit einer Lebensversicherung, bei deren Abschluß sich die Versicherte als Cafetierfrau declarirt hatte, war der klagenden Versicherungsgesellschaft rechtskräftig zum Beweise verstellt, „daß der Ehemann der Versicherten am 3. März 1853 nicht Kaffee-

wirth gewesen sei." Die Beweisführung stellte heraus, daß der Ehemann bis 1853 Badediener gewesen, am 26. Jan. ein Gast- und Kaffeehaus erkauft, Anstalten zu seinem Umzug getroffen, das Geschäft jedoch nicht realisirt habe, weil der Kauf Ende März Mangels Zahlungsmittel rückgängig geworden sei. In l. J. ward erkannt, daß die Versicherte sich nach Analogie eines ernannten, aber noch nicht eingesetzten Beamten den bevorstehenden Berufsstand ihres Mannes habe beilegen dürfen, daß aus dieser Bezeichnung ein Schluß auf die äußere Lage der Versicherten sich nicht habe machen lassen, indem es dürftige Cafetiers eben so wohl gebe, wie dürftige Badediener, und daß endlich eine dürftige Lage der Versicherten nicht constatirt sei. [1])

---

## 382. Kock Bekl. w. Mau, 28. Sept. 1857. K231R.

1) Ist auf Bezahlung des Pachtzinses für einen einzigen Termin geklagt, und hat der Beklagte die Existenz des Pachtverhältnisses in Abrede gestellt, so wird die AS. nach dem Werthe aller noch künftigen Leistungen berechnet.

2) Der Umstand, daß ein Zeuge als Maurergesell des Beweisführers arbeitet, und eine Zeugin als Nähterin bei ihm beschäftigt wird, begründet kein Abhängigkeitsverhältniß und keine Verdächtigkeit dieser Zeugen. p. 10.

3) Gläubiger des Beweisführers sind nicht unbedingt verdächtige Zeugen: die Verminderung ihrer Glaubwürdigkeit hängt von der Größe ihrer Forderungen im Verhältniß zu dessen Vermögen ab. p. 10.

---

*) Mitgetheilt als Beleg dafür, von welcher Beschaffenheit nicht selten die Einwendungen der Vers.-Ges. aus angeblich falschen Angaben und Verschweigungen sind, wenn dieselben berechtigt zu sein glauben, eine Versicherung zu annulliren.

4) Verurtheilung zu achtwöchigem Gefängniß wegen Diebstahls macht einen Zeugen in einem gewissen Grade verdächtig. p. 12.

5) Die Aussage eines verdächtigen Zeugen gewinnt an Beweiskraft, wenn sie mit der eines classischen in Bezug auf denselben Vorgang übereinstimmt. p. 13.

6) Bei Beschwerden über App.-Abschlag sind die Beschwerden in der Hauptsache nach §. 118 DAGO. vollständig anzugeben; und die Aufstellung neuer Beschwerden in der Rechtfertigungsschrift ist unzulässig. p. 14.

[2] Zwar ist die Klage nur auf Bezahlung eines halbjährigen Pachttermins von Court. M. 150 gerichtet. Allein der Beklagte hat durch die derselben opponirte Einrede der mangelnden Activlegitimation nicht bloß seine Verpflichtung zu dieser einzelnen Leistung, sondern dem Kläger gegenüber die Existenz eines Pachtverhältnisses überhaupt, und also jede Verbindlichkeit aus demselben in Abrede gestellt und dadurch zum Gegenstande der abzugebenden Entscheidung gemacht. Wenn daher der Beklagte mit seiner Einrede abgewiesen werden sollte, so wird diese Entscheidung ihm für alle weiteren vom Kläger gegen ihn zu erhebenden Pachtzinsforderungen entgegen stehen. In solchem Falle ist aber bei Bemerkung des [3] Vorhandenseins der AS. nicht bloß der Werth der eingeklagten einzelnen Leistung, sondern aller noch künftigen in Anschlag zu bringen.

Dorendorf w. Rau, 1850 (Nr. 290).

Pfeiffer, Prakt. Ausf. 6, S. 382 ff. 533 ff.

---

## 383A. Machon w. Koch, 28. Sept. 1857. M309X.

1) Unter „schwedischer Theer in schwedischen Gebinden" ward in Lübeck 1855 „südschwedischer (Solvisborger) Theer" verstanden. p. 3.

2) Ein Verkäufer, welcher nach Abschluß des Geschäfts durch seine Mittheilungen den un-

vorsichtigen Käufer zu der Annahme verleitet, er habe eine bessere Waare (in concreto norddschwedischen oder finnischen Theer statt des stipulirten südschwedischen) gekauft, ist verpflichtet, dem Käufer den Schaden aus demgemäß getroffenen Verfügungen zu ersetzen.

Nachdem ausgeführt war, daß der Theerhandel über südschwedischen Theer perfect geworden sei, daß aber später der Beklagte den Kläger durch seine Mittheilungen zu der Annahme verleitet habe, er werde die in Hamburg unter dem Ausdruck „Theer" verstandene Waare, nämlich norddeutschen oder finnischen Theer erhalten, heißt es:

[16] Hier spricht nun freilich Manches für die Auffassung des N.-G., welches die beklagtischen Erklärungen als nachträglich ertheilte wirkliche dicta et promissa behandelt hat, denen, als wären sie gleich Anfangs Theile des Kaufcontracts gewesen, Folge zu geben sei. Gleichwohl steht derselben das Bedenken entgegen, daß ein Consensus beider Parteien in Betreff dieses Punktes, und zwar insbesondere die Absicht des Beklagten, dem geschlossenen Contracte nachträglich einen wesentlich neuen und... [17] für ihn bei Weitem ungünstigeren Inhalt zu geben, nicht angenommen werden kann, und ist somit unthunlich, die Klage in dem Umfange, in welchem sie klägerischerseits erhoben worden ist, als begründet zu behandeln. — Dagegen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte alle diejenigen klägerischen Verluste zu vergüten hat, welche den Umständen nach als Folgen seiner unwahren Erklärungen anzusehen sind. Diese Verluste bestehen nun aber nach dem aus den Acten zur Genüge erhellenden Sachverhalte darin, daß der Kläger, welcher, wenn er, anstatt über die wirkliche Beschaffenheit des Contractgegenstandes getäuscht zu werden, wahrheitsgemäß in Betreff desselben berichtet worden wäre, über den erkauften (südschwedischen) Theer bestmöglich, [18] wenn nicht schon in Lübeck, doch in Hamburg durch Wiederverkauf — vermuthlich, wenn nicht ganz ohne Verlust, doch nur mit einem nicht bedeutenden Schaden — disponirt haben würde, die Waare nach Amsterdam verkauft und dorthin versandt hat, wodurch be-

deutende Kosten auf dieselbe gelegt worden sind und sie an einen Platz gelangt ist, wo sie — vom Käufer mit Grund zu des Klägers Disposition gestellt — nur mit erheblichem Verlust zu realisiren ist.

Processualisch konnte es keinem Bedenken unterliegen, die aus dem Kauf, auf Grund der von dem Beklagten ertheilten wahrheitswidrigen Zusicherungen, erhobene Klage so, wie jetzt geschieht, in demjenigen geringeren Umfange aufrecht zu erhalten, in welchem sie das Interesse betrifft, welches für den Kläger dadurch herbeigeführt worden ist, daß der Beklagte ihn zu der mehrerwähnten unrichtigen Auffassung des Sachverhaltes verleitete. Denn alle zur Begründung der letztgedachten Klage erforderlichen factischen Behauptungen liegen in den klägerischen Anführungen vor, und der von ihm klagend gestellte Antrag verhält sich zu demjenigen, welcher nunmehr richterlicherseits realisirt wird, wie das maius zum minus.

---

## 384. Stubbendorf w. Schlick u. Eckmann, 30. Oct. 1857.[1]) S546S.

1) **Nur Mitglieder der Kaufmannschaft sind in Lübeck zum Waaren-Kauf und Verkauf be-**

---

[1]) NGErk. v. 23. Febr. 1856: Anweisung angebrachtermaßen u. V. d. K. v. 23. Febr. 1856. In Erwägung:

daß Kläger auf Grund eines mit dem beklagten Handlungshause am 17. März 1855 abgeschlossenen Kaufcontracts über ca. 300 Tonnen Buchweizen von 106 Pfd. holl. zu 9 M. 12 Sch. in pr. Thalern zu 40 Sch. per dänische Tonne „bei erstem offenen Wasser zu liefern," sowie der ferneren Anführung, daß diese Lieferung erst am 10. Mai verspätet angeboten worden, nachdem bereits vom 15. bis 28. April verschiedene Schiffe von dänischen Häfen hier eingetroffen gewesen, von Beklagten Schadenersatz verlangt und seine desfallsige Forderung von 1249 M. 2 Sch. damit näher begründet hat, daß er die fraglichen 300 Tonnen Buchweizen durch Vermittelung des Kaufmanns Theod. Lüders an Gebr. Müller hieselbst, „bei erstem offenen Wasser lieferbar," weiter verkauft habe, zur Erfüllung der hiedurch übernommenen Verpflichtung aber bei dem Ausbleiben der beklagtischen Lieferung nach dem 28. April anderweitige 300 Tonnen Buchweizen von Hamburg habe anschaffen müssen, deren Mehrkosten sich nach der Anl.

**rechtigt, abgesehen von den in der Kaufm.-O. §. 17 bestätigten Handelsbefugnissen der Handwerker.**

incl. Protest- und Reisekosten, auch Vergütung von Liegetage an den durch Gebr. Müller angenommenen Schiffer Leuning, auf die libellirte Summe belaufen;

daß Beklagte den Verkauf von 300 Tonnen Buchweizen an den Kläger unter den angegebenen Bedingungen einräumen, eine Verspätung der Lieferung in dem übrigens zugegebenen Anerbieten vom 18. Mai aber läugnen, weil die Verpflichtung, „bei erstem offenen Wasser zu liefern, nur dahin gegangen sei, dafür so sorgen, daß nach Oeffnung der Schifffahrt in Veile (welcher Hafen als Abladungsort angegeben) alsbald Anstalt zur Herbeischaffung eines geeigneten Schiffs und demnächstiger Verladung der Waare auf hier getroffen werde, welcher Verpflichtung Beklagte auch nachgekommen seien;

daß Beklagte überdies die Liquidation des Schadens anfechten, indem sie zunächst läugnen, daß das Geschäft zwischen Theodor Lüders und Gebr. Müller für Rechnung des Klägers geschlossen sei, sodann aber auch in Abrede stellen, daß ein solcher Weiterverkauf für die Schadensvermittelung in concreto maaßgebend sein dürfe, da Kläger als Grützmacher und Nichtmitglied der Kaufmannschaft nach §. 4. der Kaufm.-O. zu solchem Verkauf überall nicht berechtigt gewesen, endlich auch die einzelnen Positionen der Schadensberechnung als richtig bestreiten, und äußerstenfalls dem Kläger nur 576 M. 15 Sch. zugestehen wollen;

daß Kläger in der Replik zwar im Uebrigen alles Inhalts seine Klage aufrecht erhält, jedoch durch Anrechnung von 2 M. 1 Sch. Arbeitslohn per Last und 8 M. 8 Sch. Eingangszoll seine Forderung um 33 M. 4 Sch., mithin auf 1215 M. 14 Sch. minuirt, auch die Frage wegen Berechtigung des Klägers zum Weiterverkauf des Buchweizens damit zurückweist, daß gewerbliche Fragen nach §. 6. d. V. v. 5. Juli 1820 zur Entscheidung des WG. stehen, daß überdies die Grützmacher dem Herkommen nach das Recht behauptet haben, „mit Grütze Handel zu treiben," daß jedenfalls aber die civilrechtliche Gültigkeit des mit Gebr. Müller abgeschlossenen Kaufgeschäfts und die daraus abgeleitete Verpflichtung des Klägers durch den §. 4 der Kaufm.-O. nicht im Mindesten alterirt werde;

daß, was zuvörderst die Frage nach der mora der Beklagten betrifft, der Lieferungscontract zwar dahin aufgefaßt werden muß, daß der Buchweizen nicht, sobald das Wasser hier offen war, sondern vielmehr sobald die Schifffahrt soweit eröffnet war, um Schiffen von Dänemark die Herkunft zu ermöglichen, geliefert werden sollte, welche Auslegung namentlich durch den Zusatz „die Fracht von Dänemark auf hier" und „glückliche Ankunft des Schiffs, das wir Ihnen baldmöglichst namhaft machen, bleibt vorbehalten," unterstützt wird; daß jedoch gerade nach dem letztgedachten Zusatz Beklagte jedenfalls ver-

**2) Nichtkaufleute dürfen durch Mitglieder der Kaufmannschaft keine Handelsgeschäfte für sich abschließen lassen.**

pflichtet waren, rechtzeitig für Schiffsgelegenheit zu sorgen, und diese Fürsorge nicht bis dahin aufschieben durften, daß der Hafen von Veile offen war;

daß sowohl nach den eigenen Entschuldigungsgründen der Beklagten in der Vernehmlassung als auch nach den vom Kläger beigebrachten Nachweisen über die hier im Laufe des Aprilmonats aus dänischen Häfen angekommenen Schiffe es keinem Zweifel unterliegt, daß Beklagte es an der schuldigen Diligenz haben fehlen lassen, daher am 28. April als in Verzug befindlich angesehen werden dürfen;

daß Beklagte hiedurch auch verpflichtet erscheinen, dem Kläger das Interesse der nicht gehörig beschafften Lieferung zu prästiren, welches im kaufmännischen Verkehre an und für sich bei nachgewiesenem Weiterverkaufe füglich in dem Ausfalle bestehen kann, welchen Kläger an dem bedungenen Verkaufspreise durch Nichtlieferung oder anderweitige Beschaffung der Waare gegen den stipulirten Einkaufspreis erlitten hat;

daß auf die Geltendmachung dieses Interesse aber die Frage, ob Kläger zu solchem Weiterverkauf berechtigt war, nicht ohne Einfluß bleiben kann, da, falls dem Kläger eine solche Berechtigung fehlen sollte, dem von ihm geltend gemachten Interesse ein ehrenhafter Verpflichtungsgrund abgehen würde und er auf eine gesetzlich verbotene Handlung nicht eine Schadensforderung gegen die Beklagten gründen dürfte;

daß auch die Competenz des NG. über eine hierauf gegründete Einrede zu entscheiden, im vorliegenden Falle um so weniger bezweifelt werden mag, als die Nichtberechtigung des Klägers bereits liquide in den Acten vorliegt, indem einestheils der Weiterverkauf einer Waare in unveränderter Form unbedingt zum kaufmännischen Gewerbe gehört, zu diesem aber hiesebst nach §. 4 der als Gesetz publicirten Kaufm.-O. vom 18. Juni 1853 nur Mitglieder der Kaufmannschaft berechtigt sind, anderntheils aber auch Kläger selbst weder geläuget hat, der Kaufmannschaft nicht anzugehören, noch auch eine etwa zum Beweise zu verstellende ausnahmsweise Berechtigung für sich in Anspruch genommen hat, sofern nämlich das behauptete herkömmliche Recht der Grützmacher zum Handel mit Grütze als ihrem Fabrikate den Handel mit Buchweizen keineswegs in sich schließt, wobei es auch gleichgültig bleibt, ob der Verkauf durch den Kläger direct oder durch Vermittlung eines Andern abgeschlossen ist;

daß bei dieser Sachlage weder die Frage, ob der zwischen Th. Lüders und Gebr. Müller abgeschlossene Handel wirklich für Rechnung des Klägers geschlossen ist, noch die Schadensliquidation im Einzelnen einer weiteren Prüfung bedarf, vielmehr Kläger mit seiner Schadensforderung, soweit sie auf das in der Klage allein angegebene Interesse des Weiterverkaufs gegründet ist, abzuweisen ist.

3) Die in l. 5. Cod. de leg. 1, 14. angedrohte Nichtigkeit bezieht sich auf Verletzung objectiver Rechtsnormen, nicht auf unbefugte Anmaßung subjectiver Rechtsbefugnisse.

4) Ein Nichtkaufmann darf bei Nichterfüllung eines Kaufs von Seiten des Verkäufers nicht sein Interesse aus einem Weiterverkauf, sondern nur den Ersatz des Betrags fordern, um welchen er bei zeitiger Erfüllung durch den Empfang der Waare reicher gewesen sein würde.

[2] Es steht rechtskräftig fest, daß sich die Beklagten seit dem 28. April 1855 in Verzug befanden, und mithin auch deren Verbindlichkeit, dem Kläger das Interesse der nicht gehörig beschafften Lieferung des am 17./18. März an jenen verkauften Buchweizens zu prästiren. So weit indessen Kläger dasselbe darauf gegründet hat, daß in Folge des den Beklagten zur Last fallenden Verzugs er seinerseits den mit Gebrüder Müller am 31. dess. geschlossenen Buchweizenhandel vollständig zu erfüllen behindert, und sowohl zu anderweitem Ankauf in Hamburg, als zu sonstigen Ausgaben genöthigt gewesen [3] und berechtigt sei, theils diese letzteren, theils die durch gedachten Ankauf veranlaßten Haupt- und Nebenkosten von den Beklagten, nach Abzug des bei gehöriger Lieferung denselben zu zahlenden Kaufpreises, sowie der solchenfalls ihm zur Last gefallenen Nebenkosten, ersetzt zu verlangen, mußte der erhobene Schadenanspruch... für unbegründet erachtet werden. Denn es kann

1) Kläger, weil nur Grützmacher und nicht Mitglied der Kaufmannschaft, zu dem hier fraglichen Lieferungsverkaufe an Gebr. Müller, welcher unverkennbar nicht aus einer in der jeweiligen Lage seines Grützmachergeschäftes gegebenen Rücksicht oder gar Nothwendigkeit, sondern aus bloßem Speculations-Interesse abgeschlossen worden ist, nicht für befugt [4] erachtet werden. Vielmehr liegt in dessen Abschlusse, mag auch dieser Handel... nur ein einzeln stehendes Geschäft der Art bilden und Klägern der Vorwurf eines eigentlich kaufmännischen Geschäftsbetriebes nicht treffen, eine Uebertretung des §. 4 der Kaufm.-O.

vom Jahre 1853 und ein Eingriff in diejenigen Gerechtsame, welche in Betreff des Handelsverkehrs von Alters her den sog. commercirenden Collegien und der Krämercompagnie zuständig waren, und auf die Mitglieder der neu gebildeten Kaufmannschaft übertragen worden sind, indem nach den älteren Privilegien, insbesondere Inhalts des

Art. 14 der Kaufm.-O. von 1572 und 1607

den Nichtcommercirenden das Kaufschlagen in Bezug auf Waaren wie Victualien nur so weit [5] freisteht, als sie deren zu ihrem Handwerke und in ihren Häusern gebrauchen, und die neueste Kauf.-O. in §. 17 nur diejenigen beschränkten Handelsbefugnisse vorläufig den Handwerkern bestätigt hat, welche nach Gesetz, Vertrag oder Herkommen bisher für dieselben rechtsbeständig begründet gewesen seien. — Auch kann

2) dem Umstande für die volle Rechtsbeständigkeit des fraglichen Handels kein Gewicht beigelegt werden, daß derselbe nach Klägers Angabe durch Vermittelung des der hiesigen Kaufmannschaft als Mitglied angehörigen Theodor Lüders geschlossen sein soll. Denn diese Interposition würde, wenn auch den Lüders nicht einer heimlichen und unbefugten Makelei schuldig machen, doch, weil absichtlich erfolgt, nach dem für den gesammten Rechts- und sonach auch [6] für den kaufmännischen Verkehr gemeingültigen Satz, daß nichts zur Umgehung des Gesetzes geschehen dürfe, und daß bei Simulationen es nicht auf das, was geschehen, sondern darauf ankomme, was beabsichtigt, überall nicht in Betracht kommen dürfen. Wenn aber Kläger sein desfallsiges Verhalten speciell damit justificiren will, daß sogar Fremde solche Platzgeschäfte täglich durch Vermittelung und unter dem Namen von Mitgliedern der Kaufmannschaft allhier abgeschlossen, so würde dies, wenn richtig, gegenüber den unter 1. erwähnten Gesetzen und den noch in voller Rechtskraft bestehenden Verordnung wider den unerlaubten Handelsverkehr,

vgl. Samml. der lüb. VO. u. Bekanntm. Bd. 3, Nr. 11 u. 20

nur als Mißbrauch und Gesetzesübertretung anzusehen sein, und würde es zur Rechtfertigung des [7] klägerischen Verfahrens selbst dann nicht dienen können, wenn das Verhältniß des

allhier ansässigen und verbürgerten, dabei aber dem Handelsstande nicht angehörigen Kläger zu hiesiger Stadt und deren Gesetzen demjenigen wirklich analog wäre, in welchem zu letzteren auswärts domicilirte und nur vorübergehend sich allhier aufhaltende Kaufleute stehen. Wenn nun gleich

3) dieser Handel mit Gebr. Müller, obschon in Widerspruch mit den Gesetzen, weder als ein unehrenhaftes Geschäft bezeichnet werden, noch als ein nichtiges Geschäft behandelt werden kann, weil der Satz, daß, was gegen Vorschrift der Gesetze geschehe, und was gegen die guten Sitten streite, in juristischer Beziehung gleichstehe und der rechtlichen Wirksamkeit entbehren müsse, trotz der [8] allgemeinen Fassung der

l. 5 Cod. de legib. 1, 14.

auf die Fälle nicht zu beziehen ist, wo ein gewisses Thun oder Lassen sich nur als ein solches darstellt, wozu Inhalts der Gesetze gewisse Individuen der subjectiven Befugniß ganz entbehren, oder doch nur unter bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen genießen, und wo daher die Hintansetzung des Gesetzes sich nicht sowohl in directer Verletzung objectiver Rechtsnormen, als vielmehr in unbefugter Anmaßung subjectiver Rechtsbefugnisse, und als individuelle Beeinträchtigung Dritter in den ihnen gesetzlich gesicherten, aber doch an sich nur privatrechtlichen Gerechtsamen sich kundgiebt, was hier ganz so zutrifft, wie bei sonstiger unbefugter Anmaßung und Erweiterung von solchen Gewerbsbefugnissen, die das Bannrecht bestimmter Aemter, Zünfte und Corporationen bilden, so liegt doch

4) dies klar vor, daß Kläger beim Abschlusse des Müller'schen Handels im Unrechte nicht bloß versirte, sondern sich auch dessen bewußt sein mußte und, was aus der absichtlichen Zuziehung des Lüders sich ergiebt, auch wirklich bewußt war, wie er für seine Person zu jenem Weiterverkauf nicht befugt sei. Da nun .... nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Niemand aus seinem eigenen unberechtigten Verhalten Entschädigungsansprüche gegen Dritte formiren kann und eine Klage darauf stützen darf, daß ein Geschäft, zu welchem er jeder Befugniß eigentlich entbehrte, für ihn

nachtheilige Folgen gehabt habe, so können Beklagte zu Ersatz dessen, was Kläger in Anlaß des bei Erfüllung [10] ihres mit demselben geschlossenen Kaufs eingetretenen Verzug's zur Realisation jenes unbefugten Weiterverkaufs aufzuwenden veranlaßt war, unmöglich angehalten werden, selbst abgesehen davon, ob nicht auf Grund des §. 4 dieselben von vorn herein zu der Annahme berechtigt waren, es werde, weil nur Kaufleuten nach hiesiger Gewerbsverfass. erlaubt, ein Weiterverkauf des von ihnen zugesagten Buchweizens in unverarbeitetem Zustande nicht eintreten, und ob sie nicht den Schaden, welcher durch solchen dennoch vom Kläger beliebten Weiterverkauf für denselben erwachsen ist, als von diesem selbst verschuldet oder doch als einen solchen, welcher bei gehöriger Sorgfalt sich hätte vermeiden lassen, zu behandeln und schon deshalb jede Ersatzpflicht abzulehnen befugt wären. — [11] Wenn solchergestalt

5) für die dem Kläger wegen des beklagtischen Verzug's etwa zukommende Entschädigung einerseits von denjenigen Folgen, welche in concreto die Behinderung an gehöriger Leistung der gegen Gebr. Müller übernommenen Verbindlichkeiten thatsächlich für Kläger gehabt hat, gänzlich abzusehen ist, und der dadurch herbeigeführte anderweit zu Hamburg beschaffte Buchweizenankauf überall nicht weiter in Betracht kommt, mithin auch jedes Eingehen darauf, ob die einzelnen Positionen der hierauf gegründeten klägerischen Entschädigungsberechnung für materiell und formell justificirt zu erachten wären, eben so überflüssig erscheint als jede Beweisauflage darüber, daß Theodor Lüders im Namen und für Rechnung Klägers das Müller'sche [12] Buchweizengeschäft abgeschlossen habe, andererseits aber vom Kläger gar nicht hat behauptet werden können und wollen, daß aus dem verspäteten Eingange des von den Beklagten erkauften Buchweizens für sein Grützmachergewerbe irgend welcher Nachtheil eingetreten sei, zu dessen Ersatz die Verbindlichkeit der Beklagten allerdings keinem Zweifel unterliegen könnte, auch von diesen selbst nicht bestritten wird, so ist

6) die vorliegende Streitsache einfach nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche eintreten würden, wenn vom

Kläger gar keine Disposition über die ihm zugesagte Waare getroffen, und einfach wegen Nichtinnehaltung des für deren Lieferung stipulirten Zeitpunktes Klage erhoben wäre. — Dies kann nun zwar Kläger [13] nicht hindern, von dem ihm an sich zuständigen Rechte auf nachträgliche Erfüllung abzustehen, insofern bewandten Umständen nach für ihn die Lieferung der Waare selbst kein Interesse mehr hat. Allein es führt doch nicht weiter, als daß Beklagte dem Kläger den Betrag zu ersetzen haben, um welchen er, wenn jene zu gehöriger Zeit erfüllt hätten, reicher gewesen sein würde, d. h. denjenigen Betrag, um welchen zur Zeit des Verzugs nach den damaligen Marktverhältnissen des Erfüllungsorts der Geldwerth des ihm zugesagten Buchweizenquantums diejenige Summe überstiegen hätte, welche er im Falle gehöriger Lieferung theils als contractmäßigen Kaufpreis, theils an solchen Nebenkosten zu zahlen gehabt hätte, welche ihn nach den mit Beklagten dieserhalb getroffenen Stipulationen und den sonstigen [14] Sachlage nach getroffen haben würden. Dabei kann zwar, daß ein solches Quantum von Buchweizen, als Kläger von Beklagten erwartete bzw. an Gebr. Müller zu liefern hatte, damals zu Lübeck, wie von Beklagten angegeben wird und vom Kläger wenigstens direct nicht bestritten ist, überall nicht vorhanden gewesen sein soll, möglicherweise auf den marktgängigen Preis Einfluß geübt haben, namentlich auch dahin, daß die mit etwa nöthiger Beziehung von anderen Orten her verbundenen Kosten bei Angebot und Forderung mit berücksichtigt worden seien. Eine solche durch die Conjuncturen des Markts veranlaßte momentane und mehr zufällige Erhöhung des Sachwerth's gegen sich gelten zu lassen, werden auch Beklagte sich nicht entschlagen können. So wenig aber jener Umstand ausschließt, daß für die [15] damalige Zeit ein gewisser Preis des Buchweizens als der gangbare bestanden habe und nachzuweisen stehen werde, kann noch weniger der klägerische Anspruch dadurch über die Differenz dieser zur Zeit des Verzugs marktgängigen und des Ankaufspreises sich erweitern. — [Es folgt hierauf unter

Nr. 7 eine Erörterung der Frage, ob der auf den Müller'schen Handel gestützte Schadenanspruch angebrachter

Maßen abzuweisen oder ob eine Verurtheilung der Beklagten unter Zugrundelegung der im vorliegenden Fall zutreffenden, oben erörterten Grundsätze der Schadensberechnung auszusprechen, die Liquidation aber vorzubehalten sei. Das OAG. hat sich für Letzteres ausgesprochen, und heißt es in Betreff der Liquidation.]

[17] Es unterliegt keinem Bedenken, daß in Betreff des damaligen marktgängigen Preises dem Kläger, in Bezug auf die dem Kaufpreise hinzuzurechnenden Nebenkosten, den Beklagten die [18] Beschaffung der in quali et quanto noch erforderlichen Nachweise anheimfällt.

---

## 385. Träger Hundt u. Gen. w. fiscal. Procurator, 31. Oct. 1857. T115R.

Die nach §. 3 d. V. v. 5. Juli 1820 ausnahmsweise eintretende Zuständigkeit der Gerichte setzt voraus, daß die streitige Frage nach privatrechtlichen Normen zu entscheiden, und daß sie nicht bereits durch Gesetz entschieden sei.

[4] Bei Beurtheilung des Einwandes, daß die Forderung der Kläger auf dem Wege der Gesetzgebung ihre Erledigung gefunden habe, kommt zunächst

1) der Sinn der §§. 2 und 3 der V. v. 5. Juli 1820 in Frage. — [5] Daß Widersprüche und Beschwerden über Gegenstände der Gesetzgebung, also namentlich über solche Gegenstände, welche durch die gesetzgebende Gewalt des Staats bereits endgiltig festgestellt und erledigt sind, überall nicht vor die Gerichte gehören, das sagt der ang. §. 2 so klar, daß darüber nicht füglich gestritten werden kann. Es kommt also nur auf die nähere Bestimmung an, welche dem §. 2 im §. 3 gegeben ist, und der Sinn dieser Bestimmung ist kein anderer und kann, wenn nicht die ganze Regel des §. 2 wieder aufgehoben werden soll, kein anderer sein, als der, daß, wenn entweder durch ein erlassenes Gesetz selbst wohlerworbene Privatrechte verletzt sind, ohne daß es die klare Absicht der gesetzgebenden Gewalt des Staats gewesen ist, in dieser Be-

ziehung von ihrem jus eminens Gebrauch zu machen, oder aber wenn diese [6] Verletzung durch die Anwendung des Gesetzes zugefügt wird, alsdann, aber auch nur dann, ein civilrechtlicher, nach Civilgesetzen zu entscheidender Anspruch gegen den Staat vor den Gerichten geltend gemacht werden kann. Die nach diesem §. 3 ausnahmsweise eintretende Competenz der Gerichte setzt also ein Doppeltes voraus:

a) daß die streitige Frage nicht bereits durch ein Gesetz endgiltig entschieden sei;

b) daß die streitige Frage eine civilrechtliche, nach Civilgesetzen, d. h. nach privatrechtlichen Normen zu entscheidende sei. Denn ist sie nicht von dieser Natur, ist sie vielmehr administrativer Art, so steht sie nach §. 4 zur Competenz nicht der Gerichte, sondern der betreffenden Verwaltungsbehörde, vorbehältlich des Recurses an den Senat. — [7] Macht man hiervon

2) die Anwendung auf den vorliegenden Fall, so ist es klar, daß hier schon die erste Voraussetzung unter a. nicht eintritt.... Es hat nämlich die V. v. 28. Februar 1852, die Reform des Verlehntenwesens betreffend, ein durch Rath- und Bürgerschlüsse, also verfassungsmäßig zu Stande gekommenes Gesetz, sich nicht darauf beschränkt, die im Art. 1 daselbst aufgezählten bisher getrennten zwölf Verlehnten-Corporationen zu einer einzigen Corporation zu verschmelzen, und, unter Aufhebung der bisherigen Berechtigungen der aufgelösten [8] Corporationen und ihrer einzelnen Mitglieder, den letzteren ihre Ansprüche auf Entschädigung wegen der bisher käuflichen, nun aber für unverkäuflich erklärten Lehne vorzubehalten, sondern das Gesetz hat im Art. 9 die den Betheiligten zu gewährende Entschädigung bereits selbst festgestellt, und zwar in dem Sinne festgestellt, daß eine höhere ihnen nicht zu gewähren sei. Denn daß die Meinung des Gesetzes nicht diese, sondern vielmehr nur die sei, ein minimum der zu gewährenden Entschädigung festzustellen, ohne den einzelnen Betheiligten es abzuschneiden, einen ihnen durch das Gesetz zugefügten höheren Schaden nachzuweisen und in Anspruch zu nehmen, haben die Kläger selbst nirgends behauptet. Auch ergiebt sich das Gegentheil aus den

dem Bürgerausschusse und der [9] Bürgerschaft vom Senate in Beziehung auf das zu erlassende Gesetz gemachten Vorlagen, welche zeigen, daß es bei den Berathungen ganz besonders in Frage gekommen ist, ob man bei der zu leistenden Entschädigung den von den einzelnen Verlehnten wirklich bezahlten Kaufpreis als maaßgebend annehmen, oder aber mittelst eines Durchschnitts der in den letzten zehn Jahren gezahlten Kaufpreise den dermaligen Werth der Lehne bestimmen wolle, und daß man dem letzteren Wege als einem, auch der Analogie des Expropriationsverfahrens entsprechenden den Vorzug gegeben habe, und welche ferner zeigen, daß gerade auf das beantragte Quantum der den Einzelnen zu gewährenden Entschädigung ein die Herbeischaffung der dazu erforderlichen Geldmittel bezweckender [10] Finanzplan gebaut und daß namentlich in Gemäßheit dieses von der Bürgerschaft genehmigten Finanzplans das künftig zu zahlende Eintrittsgeld der in die neue Corporation Aufzunehmenden im Art. 5 der V. auf 800 Mark bestimmt worden ist. — Ist nun aber durch die V. v. 28. Februar 1852 ihrer wahren Meinung nach bestimmt, daß auch den Klägern als früheren Mitgliedern zweier aufgelöster Corporationen der Gemeinträger eine höhere Entschädigung als 700 M. nicht gebühre, so tritt hier unzweifelhaft der obige §. 2 der V. v. 5. Juli 1820 ein, wonach Widersprüche und Beschwerden über Gegenstände der Gesetzgebung nicht an die Gerichte gehören. — Freilich meinen die Kläger

3) die V. v. 28. Februar 1852 sei nur ein Act [11] der Regierung und Verwaltung, eine lex specialis, also gar kein eigentliches Gesetz. Allein theils ist dies, insofern man unter lex specialis nur eine die Verhältnisse einzelner Individuen betreffende Verfügung, also z. B. ein Privilegium oder eine Dispensation versteht, nicht richtig, indem vielmehr hier ein wahres die Verhältnisse der Verlehnten-Corporationen für die Zukunft regelndes und im Zusammenhange damit die Entschädigung für die aufgehobenen Berechtigungen bestimmendes Gesetz vorliegt, theils würde, selbst wenn dem nicht so wäre, der Richter gleichwohl dasselbe, weil auf verfassungsmäßigem Wege zu Stande ge-

kommen, als bindend anerkennen und den mehrerwähnten §. 2 der V. v. 5. Juli 1820 darauf anwenden müssen, da dieser §. ganz allgemein von Gegenständen der Gesetzgebung spricht, ohne zwischen eigentlichen und [12] uneigentlichen Gesetzen zu unterscheiden.

---

## 386B. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. Bekl. w. Saling Ehefr. Test.-Vollstr., 21. Juli 1862. (J. F. Jena.) L242X.

Wenn die Thatsache eines Aderlasses zum Beweise verstellt ist, so ist derselbe nicht schon durch den Nachweis erbracht, daß ein Aderlaß versucht, aber erfolglos geblieben sei. (Erklärung von Fr. 10. der Declaration der Deutschen L.-Vers.-Ges.: Ist die zu versichernde Person genöthigt gewesen zu Blutentziehungen (z. B. Aderlasse)?

Die Beklagte hatte zu beweisen, „daß dem Versicherten vor dem 4. Nov. 1853 mehrmals zur Ader gelassen sei.“ Ein Aderlaß war von ihm in der Declaration selbst angegeben. Ueber den zweiten lag nichts vor, als die Antw. des Chirurgen Rieckher zu folgendem Artikel: „Ist es wahr, daß Zeuge (R.) den S. in dieser Krankheit (einer Harnröhrenentzündung) von Februar bis Mai 1853 mehrmals zur Ader gelassen hat?“ Antw.: „Nein, nur geschröpft; ich erinnere mich nur, daß etwa drei Jahre vor dem Tode des S. ein Aderlaß versucht worden, der aber wegen der Stärke des S. erfolglos geblieben ist.“ Hierüber wird Folgendes bemerkt:

[13] Zunächst kann der Beklagten darin Recht gegeben werden, daß in der Aussage des Chirurgen Rieckher ein halber Beweis für die Thatsache, daß an Saling etwa drei Jahre vor seinem Tode ein Aderlaß versucht worden ist, gefunden werden könne. Es folgt aber daraus durchaus nicht, daß ein halber Beweis für den der Beklagten aufgegebenen Beweissatz erbracht worden sei. Denn es kann nicht angenommen werden, daß nach dem Sinne des rechtskräftigen Beweisinterlocuts dieser versuchte oder erfolglos gebliebene Aderlaß in Betracht komme könne.

Selbst wenn man im Anschlusse an die wörtliche Fassung der zehnten Frage: „ist sie (die zu versichernde Person) [14] genöthigt gewesen zu Blutentziehungen (z. B. Aderlasse)?" mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Erkenntnisses annehmen wollte, daß es nicht sowohl auf den Erfolg des Aderlasses, als auf die vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung zu demselben ankommen könne, würde die Aussage des Chirurgen Rieckher für die Zuerkennung eines Erfüllungseides nicht ausreichend erscheinen können. In den Beweisartikeln kommt gar nichts darüber vor, daß Saling etwa drei Jahre vor seinem Tode zu einem Aderlaß genöthigt gewesen sei. Der Beweis war vielmehr auf diesen Aderlaß, der von Rieckher nur beiläufig bei Gelegenheit der Beantwortung der ihm im 140. Beweisartikel vorgelegten Frage zur Sprache [15] gebracht worden ist, gar nicht gerichtet worden. Als Veranlassung, durch welche Saling zu wiederholten Aderlässen genöthigt gewesen sei, oder auf welche ihm dieselben ärztlich verordnet worden seien, wird in dem Beweise nur die Harnröhrenentzündung angeführt, an welcher er im Frühling 1853 gelitten haben und von dem Geheimen Medicinalrath von Stosch ärztlich behandelt worden sein soll. Dagegen kommt weder in dem Hauptbeweise, noch in dem vorher angetretenen Beweise zum ewigen Gedächtniß etwas darüber vor, daß Saling auch etwa drei Jahre vor seinem Tode an einer Krankheit gelitten habe, in welcher ihm ein Aderlaß ärztlich verordnet worden sei. Auch Rieckher erwähnt in seiner Aussage zum 140. Beweisartikel [16] keiner ärztlichen Verordnung, nach welcher der erfolglos gebliebene Aderlaß von ihm unternommen worden sei. Es ist also aus dem Beweise für eine vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung zu diesem Aderlasse gar Nichts zu entnehmen. Man kann allerdings voraussetzen, daß Rieckher diesen Aderlaß nicht ohne Grund unternommen haben werde; allein es wäre offenbar willkürlich, wenn man diesen vorauszusetzenden Grund ohne Weiteres für eine vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung zum Aderlasse annehmen wollte. Wenn man lediglich in dem Umstande, daß Rieckher den erfolglosen Aderlaß unternommen, den Be-

weis finden könnte, daß die Blutentziehung vom ärztlichen Standpunkte aus nöthig gewesen [17] sei, so könnte man mit dem nämlichen Rechte aus dem Umstande, daß der Versuch, nachdem er erfolglos geblieben, nicht wiederholt worden ist oder daß keine anderen Mittel angewendet worden sind, eine Blutentziehung zu bewirken, den Beweis herleiten, daß der Arzt, der den Aderlaß angeordnet gehabt hatte, nach dessen erfolglosem Versuche eine andere Ansicht gewonnen und ihn nicht mehr für nothwendig gehalten habe. Da der Richter über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit ärztlicher Anordnungen kein Urtheil haben kann, so wird er allerdings in dem Umstande, daß ein Arzt einen Aderlaß angeordnet hat, einen Beweis für dessen vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nothwendigkeit anerkennen müssen: allein offenbar [18] würde der Richter die ihm zustehende Befugniß überschreiten, wenn er eine ärztliche Anordnung annehmen wollte, wo in der Zeugenaussage nichts von ihr erwähnt ist. Wie Rieckher die Sache darstellt, könnte der Aderlaß von ihm auch nach eigenem Ermessen unternommen worden sein, worin man, da er als bloßer Chirurg dazu nicht befugt war, auf keinen Fall eine vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung erblicken könnte.

Man kann aber auch die zehnte Frage nur in dem Sinne verstehen, daß wirklich vorgekommene oder erlittene Blutentziehungen in ihr gemeint seien. Schon nach grammatischer Auslegung läßt sich bei einem erfolglos gebliebenen Aderlasse nicht sagen, daß man zu einer Blutentziehung genöthigt gewesen [19] sei. Es geht aber auch aus dem weiteren Inhalte der zehnten Frage hervor, daß sie nur von wirklich vorgekommenen Blutentziehungen verstanden werden kann. Die Frage:

„ist sie genöthigt gewesen"

bezieht sich nämlich nicht nur auf Blutentziehungen, sondern auch auf „den Gebrauch irgend eines bestimmten und welchen Heilmittels," wobei noch die Bemerkung eingeschaltet ist, daß dahin auch regelmäßig oder mehrere Male benutzte Brunnen- oder Badekuren gehören. Hier wird es unmittelbar durch die Worte ausgedrückt, daß bei dem Genöthigtgewesensein an

den fortgesetzten und wiederholten Gebrauch der bestimmten Heilmittel, auf welche sich die Frage bezieht, gedacht ist. Es wäre aber eine ganz willkürliche und ungerechtfertigte Auslegung, die nämlichen Worte [20] „ist sie genöthigt gewesen" bei diesen bestimmten Heilmitteln von deren wirklichem Gebrauche und bei den Blutentziehungen von deren bloßer ärztlichen Verordnung zu verstehen. Es wird bei der Frage von der in der Natur des Verhältnisses liegenden Voraussetzung ausgegangen, daß man ein Heilmittel nicht gebraucht, ohne es nöthig zu haben, und daß mithin derjenige, der es gebraucht hat, zu dessen Gebrauche genöthigt gewesen ist. Die Fassung der Frage kann keine Zweifel übrig lassen, daß diese Voraussetzung eben so wohl bei den Blutentziehungen, als bei den übrigen Heilmitteln gemacht worden ist. Daß bei den Worten „ist sie genöthigt gewesen" nicht an eine von dem wirklichen Gebrauche der Heilmittel und, was die Blutentziehungen betrifft, von deren wirklicher Vollziehung unterschiedene, vom [21] ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung zu denselben gedacht sein kann, zeigt sich an den ganz unhaltbaren Consequenzen, zu welchen die entgegengesetzte Auslegung führen würde. Denn wenn der Versicherer die Gültigkeit des Vertrags damit anfechten könnte, daß die in der Frage gemeinten Heilmittel oder Blutentziehungen, die zwar nicht gebraucht, aber ärztlich angeordnet gewesen, nicht declarirt worden seien, so müßte consequenter Weise der Anfechtung des Vertrags wegen Verschweigung des wirklichen Gebrauchs der fraglichen Heilmittel oder Blutentziehungen von der andern Seite der Einwand entgegengesetzt werden können, daß sie zwar gebraucht, aber nicht ärztlich angeordnet gewesen seien und darum nicht hätten declarirt zu werden brauchen. Das [22] wäre aber mit dem Zwecke der zehnten Frage schlechterdings unvereinbar. Offenbar hat die zehnte Frage nicht den Zweck, zu einer Auskunft über die von der zu versichernden Person früher überstandenen Krankheiten und die ihr bisher ertheilten ärztlichen Verordnungen zu veranlassen. Denn auf die früheren Krankheiten und die Aerzte, welche dieselben behandelt haben, ist schon die achte und die fünfzehnte Frage mit möglichster Ausführlichkeit gerichtet,

wie denn auch in der zehnten Frage selbst von früheren oder gegenwärtigen Krankheiten gar nichts vorkommt. Eben so wenig kann mit dieser Frage eine Auskunft über die in derselben ertheilten ärztlichen Verordnungen bezweckt sein, da eine solche Auskunft von einem nicht medicinisch Gebildeten gar nicht mit einiger Zuverlässigkeit erwartet und gegeben werden kann. [23] Unter den bestimmten Heilmitteln, auf deren Gebrauch die zehnte Frage mit gerichtet ist, sind darum nicht alle und jede Arzneimittel, die dem zu Versichernden einmal verordnet worden sind, zu verstehen, sondern nur bestimmte specifische Heilmittel, die in chronischen Krankheitszuständen fortgesetzt gebraucht zu werden pflegen. Der Gebrauch solcher Mittel läßt allerdings einen Schluß auf den bedenklichen Gesundheitszustand machen, indem einestheils aus ihm auf den Krankheitszustand, gegen welchen sie gebraucht zu werden pflegen, geschlossen werden kann, und anderntheils diese Mittel selbst einen anderweiten nachhaltigen Einfluß auf den Organismus auszuüben im Stande sind. Aber eben darum kann es bei der zehnten Frage nur auf den wirklichen Gebrauch der in ihr gemeinten Mittel abgesehen [24] sein, so daß sie auf der einen Seite auch mit auf den ohne ärztliche Verordnung gemachten Gebrauch solcher Mittel bezogen werden muß, auf der andern Seite auf die bloße ärztliche Verordnung ohne hinzugekommenen Gebrauch nicht mit erstreckt werden kann. Es muß jeder Zweifel darüber schwinden, wenn man die in der zehnten Frage am Schlusse hinzugefügte Frage:

„Ist sie etwa noch gegenwärtig an den Gebrauch einer der vorgedachten Mittel gewöhnt?" hinzunimmt. Ganz unzweifelhaft soll hiermit die nämliche Frage, die mit den Worten

„ist sie genöthigt gewesen"

für die Vergangenheit gestellt war, für die Gegenwart wiederholt werden. Es geht daraus deutlich hervor, daß es bei der zehnten Frage auf die Gewöhnung an die fraglichen Mittel ankommt, und daß dabei an eine von deren wirklichem Gebrauche [25] geschiedene, vom ärztlichen Standpunkte aus sich ergebende Nöthigung zu denselben nicht gedacht werden kann. Die Blutentziehungen sind aber mit den anderen in

der zehnten Frage gemeinten Heilmitteln in ganz gleiche Linie gestellt und unter den vorgedachten Mitteln, von deren Gebrauche in der Schlußfrage die Rede ist, unzweifelhaft mit enthalten.

Wenn in den EG. des v. Erk. gesagt wird, daß der fragliche erfolglos gebliebene Aderlaß in der Vorstellung Declaranten als unerheblich habe erscheinen und ebendeshalb von ihr mit Stillschweigen habe übergangen werden können, ohne daß ihr deshalb der Vorwurf einer absichtlichen Verschweigung der Wahrheit oder einer leichtfertigen Beantwortung der gestellten Frage gemacht werden dürfe, so ist damit [26] keineswegs, wie die Beklagte behauptete, zu Gunsten der Kläger die Möglichkeit suppeditirt, daß der fragliche versuchte Aderlaß dem Bewußtsein der Saling'schen Eheleute habe entschwunden sein oder von ihnen habe für unerheblich erachtet werden können. Die Declaranten waren vielmehr, auch wenn er ihrem Bewußtsein nicht entschwunden war, nicht verpflichtet, ihn mit zu erwähnen, weil er keine Blutentziehung war, über welche sie nach der zehnten Frage Auskunft zu geben hatten.

Es kann aber auch das rechtskräftige Beweisinterlocut, welches für das von der Beklagten zu erbringende Beweisthema maßgebend sein muß, nur von einem solchen Aderlasse, der eine Blutentziehung zur Folge gehabt hat, verstanden werden. Denn nur in diesem Falle kann davon die Rede sein, daß Jemandem zur Ader [27] gelassen worden sei. Wenn das Schlagen einer Ader nicht zu einer Blutentziehung geführt hat oder wenn die Ader gar nicht hat geschlagen werden können, wird man immer nur sagen, daß Jemanden habe zur Ader gelassen werden sollen. In den Verhandlungen des ersten Verfahrens war gar nicht von versuchten Aderlässen, sondern nur von Blutentziehungen durch Aderlässe die Rede gewesen, auf welche es auch nach der zehnten Frage allein ankommen konnte. Das rechtskräftige Beweisinterlocut konnte daher auch, wie seine Fassung deutlich ergiebt, nur in diesem Sinne das Beweisthema bestimmen. Durch die Aussage des Chirurgen Rieckher wird übrigens nicht einmal bekundet, daß eine Ader geschlagen worden sei,

wie die Beklagte vorauszusetzen scheint. Der Grund, den Rieckher für die Erfolglosigkeit anführt, läßt [28] vielmehr vermuthen, daß die Ader gar nicht habe geschlagen werden können. Es kann indessen Nichts darauf ankommen, da auf keinen Fall angenommen werden kann, daß Saling damals zur Ader gelassen worden sei.

# 1858.

## 387. Siebente Träger=Section i. B. d. Träger=Aeltst. Bekl. w. Kornträger, 19. Jan. 1858. T118R.

Das Präjudiz des OAG. i. S. Kornträger w. Rostocker Träger v. 20. Nov. 1851, [Nr. 300] daß die Kornträger nach ihrer Rolle das ausschließliche Recht haben, Leinsaat in Säcken, „einerlei, ob sie hieselbst gemessen sei oder nicht," vom Boden in ein Schiff oder zu Boden zu bearbeiten, wird aufgegeben, und den Kornträgern der Beweis auferlegt, daß ihnen auch dann das ausschließliche Recht der Bearbeitung zustehe, wenn die Leinsaat in Säcken angekommen gewesen und, ohne gemessen, gewogen oder umgearbeitet zu sein, transportirt werde.

[4] Der Beschwerde der Beklagten, daß nicht den Klägern der Beweis des von ihnen behaupteten Verbietungsrechts, „Leinsaat in Säcken von dem Hause des einen Kaufmanns nach dem Hause eines andern Kaufmanns in allen Fällen zu bearbeiten," auferlegt sei, muß stattgegeben werden.

Alles kommt darauf an, ob das von den Klägern beanspruchte Recht durch die Kornträger=Ordnung von 1719 schon so klar erwiesen ist, daß es keines weiteren Beweises bedarf.

[5] Zwar haben die Kläger sich auf die Auslegung bezogen, welche in den EG. des OAG., z. U. v. 20. Nov. 1851 i. S. der Kornträger w. d. Rostocker Träger der O. gegeben worden ist, und wenn auch die damals erfolgte Entscheidung, weil gegen die Rostocker Träger ergangen,

in gegenwärtiger Sache nicht als rechtskräftige Entscheidung geltend gemacht werden kann [1]), so ist doch allerdings damals anerkannt worden, daß die Kornträger nach ihrer Rolle das ausschließliche Recht haben, Leinsaat in Säcken, einerlei ob sie hier gemessen sei oder nicht, vom Boden in ein Schiff zu arbeiten und daß der Bearbeitung in ein Schiff das Bearbeiten von Boden zu Boden [6] völlig gleich stehe; nach welcher Auslegung der Rolle sie denn allerdings auch im gegenwärtigen Falle klar für die Kläger beweisen würde, so daß also jene Entscheidung ein Präjudicat für den gegenwärtigen Fall enthält. Allein in jener Sache bildete den Hauptgegenstand der Entscheidung die Frage, ob die Kornträger auf die in ihrer Rolle ihnen zugewiesene Arbeit ein ausschließliches Recht haben; die Frage hingegen, um welche sich in der gegenwärtigen Sache Alles dreht, ob dies ausschließliche Recht der Kornträger auf Bearbeitung der Leinsaat dadurch bedingt sei, daß dieselbe von den Kornmessern zuvor gemessen, war in jener Sache zwar in erster J. ebenfalls angeregt, bildete aber von Seiten der Parteien überall nicht den Gegenstand eingehender Verhandlungen, ward vom [7] OG., weil für seine Entscheidung, die darauf beruhete, daß den Kornträgern kein ausschließliches Recht zustehe, unerheblich, gar nicht berührt, von den damaligen Beklagten schon in zweiter J. gar nicht weiter verfolgt, und daher in den EG. d. OAG. durch den Hinweis hierauf und durch die Bemerkung, daß der betreffende Einwand vom OG. mit Recht einer speciellen Widerlegung für unwerth erachtet sei, [Nr. 300. S. 19. z. E. 20. z. A.] nur im Vorübergehen beseitigt. So sehr daher auch eine Gleichförmigkeit der Entscheidungen der höchsten J. über die oft so sehr zweifelhaften Grenzen der Arbeitsbefugnisse der verschiedenen Verlehnten=Corporationen wünschenswerth erscheint, so konnte doch, nachdem in gegenwärtiger Sache die Beklagten für die behauptete Beschränkung des Rechts der Kläger sehr erhebliche Nachweisungen beigebracht haben, das OAG. sich einer eingehenden Prüfung dieser Frage nicht entziehen, und diese

[1]) Vergl. V. v. 1. März 1852, Art. 1.

führte dahin, dieselbe für eine mindestens zweifelhafte, durch die Kornträger-O., nicht klar entschiedene zu erklären, und mehr bedarf es nicht, um den Klägern in dieser Beziehung noch einen Beweis aufzuerlegen.

Allerdings zwar erscheint der Art. 3. der Kornträger-O.[1]) bloß auf diesen gesehen, den Klägern die Bearbeitung auch der Leinsaat von Boden zu Boden zuzusprechen, ohne zu unterscheiden, ob sie lose hier angekommen, und vor dem Weitertransport gemessen ist oder nicht. — Allein dagegen erhebt sich schon

1) das Bedenken, daß der [9] Artikel in dieser Allgemeinheit nicht füglich verstanden werden zu können scheint, weil er dann den Kornträgern ein Verbietungsrecht auf die Bearbeitung sogar der in Tonnen angekommenen und hier lagernden Leinsaat geben würde, während doch diese Arbeit, wie unten noch vorkommen wird, ein ausschließliches Recht der überhaupt in einem weiteren Umfange auf alles Tonnengut privilegirten Gemeinträger bildete, auch von den Kornträgern gar nicht in Anspruch genommen wird. — Sodann aber

2) ist zwar allerdings die Kornträger-O. von 1719 für die Frage, welche Arbeit ausschließlich den Kornträgern zustehe, wiederholt pro unica norma erklärt. Zugleich ist jedoch auch anerkannt worden, daß, was namentlich das Verhältniß [10] der Kornträger zu den Gemeinträgern betrifft, zunächst der zwischen beiden Corporationen vor Abfassung jener Ordn. am 21. April 1702 abgeschlossene Vergleich normgebend sei und zur Interpretation der Kornträger-O., welche ja kein neues Recht geben, sondern nur das bestehende zusammenstellen sollte, zu dienen habe.

Senatsdecret v. 17. Oct. 1818.

Bielefeldt w. Gemeinträger, 21. Juli 1835, S. 14 (fehlt in S.), OGErk. v. 26. Juli 1849 i. S. Kornträger w. Gemeinträger [11].

Dieser Vergleich ist nun zwar selbst nicht zu den Acten gebracht. Allein in dem zuletzt allegirten OGErk. heißt es:

---

[1]) S. oben bei Nr. 300.

daß nach den Schlußworten des ... Vergleichs der Umstand, „ob der Scheffel darüber gegangen oder nicht," regelmäßig die Arbeitsbefugnisse beider Corporationen in Beziehung auf Getreide aller Art normirt, so daß die Kornträger dasjenige bearbeiten sollen, was von den dazu ausschließlich berechtigten Kornmessern zuvor gemessen ist. — Und daß dies richtig ist, ergiebt sich aus der beim OAG. verhandelten Sache Bielefeldt w. Gemeinträger von 1835, nach welcher dieser, zunächst nur die Mißhelligkeiten wegen Bearbeitung des zur Stadt kommenden und auch wieder ausgehenden Mehls und der Buchweizen-Grütze beilegende Vergleich wörtlich dahin lautet:

„daß hinkünftig die Gemeinträger die in Tonnen oder Säcken ankommende und abgehende Grütze, wenn der Scheffel darüber nicht gegangen, ohngehindert und allein bearbeiten, wenn aber der Scheffel darüber geht, und selbe durch die Kornmesser gemessen, solche den Kornträgern zu bearbeiten lassen sollen und müssen. — Das in Tonnen einkommende und ausgehende Mehl, wie auch das so zu E. E. Hohen Raths Waage geht, bleibet gleichfalls den gemeinen Trägern. Alles übrige (Mehl) aber, so in Säcken oder sonst kommt und ausgeht, es sei der Scheffel darüber gegangen oder nicht, behalten die Kornträger schlechterdings vor sich zu bearbeiten, wie auch andere Sachen darüber der Scheffel gegangen."

Nach diesen Schlußworten war es also damals gar nicht streitig, sondern von den Kornträgern anerkannt, daß sie auf die Bearbeitung aller Arten von Getreide und Saat nur dann ein ausschließliches Recht haben, wenn der Scheffel darüber gegangen. Nur bei Buchweizen-Grütze und Mehl war [14] es streitig; und da ist die Sache denn dahin verglichen, daß die Grütze dem Korn gleichgestellt, das Mehl dagegen, wenn nur nicht Tonnengut, von jener Beschränkung der ausschließlichen Arbeitsbefugniß der Kornträger eximirt worden ist.

Auch in anderen früheren Urkunden kommt diese Beschränkung der ausschließlichen Berechtigung der Kornträger vor, so daß deren besondere Stellung gleichsam als Ge-

hülfen der Kornmesser klar indicirt zu sein scheint. So z. B. besagt eine von der Wette verfügte Aufzeichnung der Gerechtsame der Alfstraßen-Klosterträger (d. h. der Wismarschen Träger), „wie sie selbige bisher gehabt," vom 15. Juni 1692 am Schlusse:

wie ihnen denn auch das (aus [15] ihrem Fahrwasser, nämlich aus Pommern, Carlskrona, Westerwick ꝛc. kommende) Leinsaat, Mehl und Nüsse, wo es nicht ausgestürzet und mit Lübischem Scheffel gemessen wird, sondern in Säcken bleibet, zu arbeiten zukommt: wird er aber mit Lübischem Scheffel gemessen und ausgestürzet, so gehöret solche Arbeit den Kornträgern.

Gemeinträger w. Marktklosterträger, 28. März 1835. M. 117. (fehlt in S.) OAGAct. Nr. 22.

So heißt es denn auch ausdrücklich in Beziehung auf Leinsaamen in einem zwischen den Mengstraßenklöstern und den Gemeinträgern geschlossenen und am 9. März 1740 vom Senate [16] confirmirten Vergleiche § 1:

„Bleibt denen Mengstraßenklöstern ganz allein aus denen von Reval, Narva und Petersburg kommenden Schiffen zu bearbeiten, was über 300 Pfd. Schaalgewicht wäget.. was aber darunter ist und von besagtem Fahrwasser kommt, außer dem Getreide, welches denen Kornträgern zusteht, gehöret sammt denen Hanpf und Tor-Bünden [?], desgleichen allen Leinsaamen in kleinen und großen Säcken, Tonnen oder Fässern... privative denen Gemeinen-Trägern.

Marktklöster w. [17] Gemeinträger 28. März 1835. OAGAct. Nr. 21.

Legt man nun diese nothwendige Voraussetzung der ausschließlichen Berechtigung der Kornträger, daß die von ihnen zu bearbeitende Waare von den Kornmessern gemessen sein muß, als eine solche zum Grunde, welche man als sich von selbst verstehend bei Entwerfung der Kornträger-O. gar nicht für nöthig erachtet hat, für alle Arten von Getreide und Saat u. s. w. besonders auszusprechen, wie es im Art. 2 für Leinsaat geschehen ist, so dürfte sie auch im Art. 3 zu subintelligiren sein.

3) In diesem Art. 3 wird das Bearbeiten des Korns rc. von Boden zu Boden, und wenn es von der Stadt ausgeführt wird, ganz gleich behandelt. [18] Wenn also vielfache Entscheidungen in Anwendung des obigen Grundsatzes dahin ergangen sind, daß Korn oder Saat zur Ausfuhr nur dann den Kornträgern zu bearbeiten zustehe, wenn es los angekommen, bzw. von den Kornmessern gemessen sei, so scheinen diese Entscheidungen auch für das Bearbeiten von Boden zu Boden beweisend, und mit Unrecht in den beiden vorigen J. als unerheblich bei Seite gesetzt worden zu sein. Solcher zwischen den gegenwärtigen Parteien ergangenen Entscheidungen sind nun aber von den Beklagten folgende in Bezug und von der Wette von Amtswegen zu den Acten genommen worden:

a) Am 2. Mai 1820 hat die Wette erkannt, daß [19] Leinsaat, welche in Säcken angekommen und, ohne umgearbeitet zu sein, in denselben Säcken wieder versandt werden solle, den Gemeinträgern zu bearbeiten zustehe.

b) Am 7. Jan. 1823 hat die Wette erkannt, daß Rappsaat zu bearbeiten nur dann den Kornträgern zustehe, wenn sie los ankomme oder los versandt werden solle.

c) Am 11. Mai 1826 hat das OG. erkannt, daß Rappsaat, welche ausgeführt werden soll, wenn nicht vor der Verladung der Scheffel darüber gegangen, d. h. mittelst Umschüttelns und Messens oder Wägens umgearbeitet worden sei, den Gemeinträgern zu [20] bearbeiten zustehe. — Es ist denn auch

4) in dem von den Beklagten bereits in voriger J. beigebrachten WB. vom 19. Juni 1838, auf welches neue Vorbringen die Kläger sich ohne Widerspruch gegen dessen Zulässigkeit eingelassen haben, die Bearbeitung von Rappsaat von Boden zu Boden ebenso wie in den obigen Entscheidungen die der ausgehenden behandelt worden. — Wenn daher

5) in der Bekanntmachung der Wette vom 21. Dec. 1847 die ausschließliche Befugniß der Kornträger zur Bearbeitung des Kornes von Boden zu Boden dann für cessirend [21] erklärt wird, wenn das Eigenthum an dem Korn

unverändert bleibt, so erklärt sich dies eben aus der bisher dargelegten Voraussetzung des Verbietungsrechtes der Kornträger; denn wo ein Transport nicht in Folge eines Verkaufs geschieht, sondern der Eigenthümer es nur von einem seiner Böden nach dem andern transportiren läßt, da findet natürlich auch keine Thätigkeit der Kornmesser statt. Diese Bekanntmachung scheint also die bisher dargelegte Beschränkung zu bestätigen.

Faßt man alles Bisherige zusammen, so läßt es sich freilich noch immer als möglich denken, daß in Ansehung der Bearbeitung von Korn und namentlich Leinsaat von Boden zu Boden im Laufe [22] der Zeit das Recht der Kornträger eine Erweiterung erfahren hat. Jedenfalls aber rechtfertigt es sich, ihnen in dieser Beziehung annoch den Beweis des behaupteten Verbietungsrechtes aufzulegen.

---

## 388. Unv. Röge w. Röge Cur., 30. Jan. 1858. R249Z.

Zum Beweise des an einem auf Namen lautenden Stadtcassebrief begangenen Spoliums genügt nicht dessen Entäußerung oder Vernichtung, sondern es muß daneben der Besitz jenes Briefs um die Zeit der Entäußerung nachgewiesen werden.

[2—5] Die Klägerin verlangt zunächst, „daß der ihr auferlegte Beweis auf die Thatsache der Entäußerung und Vernichtung des auf ihren Namen geschriebenen Stadtcassebriefs abseiten des Erblassers der Beklagten gerichtet und beschränkt werde." Letzteres mit Unrecht. Ein Spolium kann in jener Thatsache nur gefunden werden, insofern die Klägerin zur Zeit desselben im Besitz des Stadtcassebriefs gewesen ist; dieser Besitz wird von der Gegenseite geläugnet und muß daher jedenfalls außer jener Thatsache von der Klägerin nachgewiesen werden. — Eventuell verlangt dieselbe durch Wiederholung ihrer Beschwerde mit Ausschluß der Worte: „und beschränkt" jede andere statthafte Beweisauflage abgesehen von der ihr durch das NG. bereits zum Beweise verstellten Deposition. Nun kann zwar

[6] a) der Klägerin darin nicht beigetreten werden, daß es genüge, wenn sie nur zu beweisen vermöge, wie sie zu irgend einer Zeit im Besitze des fraglichen Stadtcassebriefs gewesen, indem für die Fortdauer eines einmal begründeten Zustandes die Vermuthung streite. Diese Vermuthung ist überhaupt in Betreff factischer Zustände in solcher Allgemeinheit nicht begründet und findet jedenfalls im vorliegenden Falle keine Anwendung. Denn Klägerin hat selbst zugegeben, daß das thatsächliche Verhältniß eine wesentliche Aenderung erlitten hat, indem die Detention von ihr auf den beklagtischen Erblasser übergegangen, und wenn sie gleichwohl den fortdauernden juristischen Besitz für sich in Anspruch nimmt, so liegt es ohne Zweifel ihr ob, zu zeigen, daß ꝛc. Röge nur als ihr Stellvertreter den Stadtcassebrief in Händen [7] gehabt. — Dagegen kann den vorigen Richtern

b) darin nicht beigetreten werden, daß Klägerin den Beweis ihres durch einen Stellvertreter ausgeübten juristischen Besitzes nur dadurch zu erbringen vermöge, daß sie die Eigenschaft des ꝛc. Röge als ihres Depositars darthue. — Es muß vielmehr genügen, wenn nur überhaupt die auf Eigenthum gerichtete Absicht der Klägerin einerseits, und der Wille des ꝛc. Röge, für sie zu besitzen, andererseits aus den obwaltenden Umständen zu erkennen steht. — Hier ist nun wesentliches Gewicht zu legen auf die in der Klage enthaltene Behauptung, daß die Klägerin im Michaelistermine 1853 zum letzten Male durch den Imploraten die Zinsen für das beregte Capital erhalten habe. Es kommt in Betracht, daß es sich um eine [8] auf den Namen des Gläubigers gestellte Schuldurkunde über ein verzinsliches Capital handelt. Der vorzüglichste Ausfluß des an einer solchen Urkunde auszuübenden Eigenthums ist ihre Benutzung zur Erhebung der darauf fälligen Leistungen des Schuldners. Wenn der, welcher die Urkunde in Händen hat, diese Leistungen selbst an den eingezeichneten Gläubiger abgeliefert, so ist das ein unzweideutiges Kennzeichen dafür, daß beide Theile über die fortdauernde Eigenthums-Ausübung des Letzteren einverstanden sind. Dies um so mehr im vorliegenden Falle, wo der

Inhaber der Urkunde Curator der Gläubigerin war. Nun war es allerdings noch immer möglich, daß die Klägerin, unbeschadet ihre auf Eigenthum gerichtete Absicht den juristischen Besitz auf den beklagtischen Erblasser, oder [9] einen Dritten übertragen haben könnte, z. B. durch Hingabe als Faustpfand. Allein die Behauptung, daß ein s. g. abgeleiteter Besitz, sei es des Röge oder eines Dritten, bestanden, würde eine Einrede des Letzteren gebildet haben, und eine solche ist in erster I. nicht vorgeschützt worden, es kann also auf jene Möglichkeit keine Rücksicht genommen, muß vielmehr die fragliche Zinsenerhebung als eine Besitzhandlung der Klägerin aufgefaßt werden; die Zeit dieser Besitzhandlung (Michaelistermin 1853) aber liegt so nahe an der der angeblich spoliirenden Handlung (November 1853), daß hier der Schluß gerechtfertigt erscheint, der Besitz habe bis zum Augenblicke dieser Handlung noch bestanden. — Diesemnach fehlt es der Klage, auch abgesehen von dem behaupteten [10] Depositum, nicht an einer genügend substantiirten Behauptung des juristischen Besitzes der Klägerin, und mußte ihr dem entsprechend — alternativ mit dem Beweise des Depositums — der Beweis der die Spolienklage begründenden Thatsachen nachgelassen werden, welcher Beweis übrigens — soviel den Besitz betrifft — nicht auf die, nur ein Kennzeichen dieses Besitzes bildende, Thatsache der fraglichen Zinserhebung zu beschränken, sondern allgemein auf Besitzausübung durch 2c. Röge als Stellvertreter zu richten war.

---

## 389. v. d. Ahé w. Freytag, 5. Febr. 1858. A86R.

1) Nach Stat. 3, 6 Art. 15. wie nach gemeinem Recht darf der Käufer eine Waare, die er zur Genüge besehen und in seine Were gebracht, wegen später entdeckter mit menschlichen Sinnen nicht wahrnehmbarer Fehler aufschießen.

2) Dies gilt selbst bei einem Handel nach Probe oder nach einer früheren Sendung, bei welcher „gute Waare" bedungen war, wenn sich

der Mangel nur durch chemische Analyse ermitteln ließ.

3) Ein handelsrechtliches Gewohnheitsrecht, beim Wachshandel komme kein Handel auf Besicht, sondern nur nach Probe vor, und der Verkäufer hafte nur für die Probemäßigkeit, da der Kaufer verflichtet sei, die Probe einer gründlichen Untersuchung selbst durch Anwendung chemischer Mittel zu unterziehen, kommt für einen Ort, wo Wachs nach Besicht verkauft wird, oder wenn der Verkäufer gute Kaufmannswaare garantirt hat, nicht in Betracht.

[1] Das Lüb. Statut 3, 6. Art. 15, nach welchem die vorliegende Sache zu [2] beurtheilen ist, da der Handel in Lübeck zu erfüllen war, schreibt in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte ausdrücklich vor, daß bei jedem Handel, die Waare sei welche sie wolle, der Käufer, selbst wenn er sie zuvor zur Genüge besehen und in seine Were gebracht hat, gleichwohl wegen später entdeckter Gebrechen, welche mit menschlichen Sinnen nicht wahrzunehmen waren, dieselbe als untüchtig aufschließen kann. — Nun hat der Beklage von dem Kläger am 22. Januar 1857 auf Besicht gekauft „900—1000 *U.*" gutes Wachs „ohne Bodensatz" zu 18 Sch. per *U.*, und, nachdem er die ihm übersandte Partei nach vorgängigem Besicht empfangen und bezahlt, am 30. Januar ferner 2—3000 *U.* „von derselben Güte wie das bereits erhaltene" bestellt, und in Folge dieser Bestellung weitere [3] 1092½ *U.* zugesandt erhalten, weigert sich aber für diese Sendung den bedungenen Kaufpreis von 19 Sch. per *U.* zu bezahlen, weil eine chemische Untersuchung der Waare ergeben habe, daß beide Parteien durch Beimischung von 15—20 Procent Harz verfälscht und nicht einmal die Hälfte des stipulirten Kaufpreises werth seien. Da es nun unzweifelhaft und vom Kläger auch nicht bestritten ist, daß, falls die Waare in solchem Grade verfälscht sein sollte, sie kein empfangbares Kaufmannsgut sein würde, und da Kläger ferner ausdrücklich eingeräumt, daß eine solche Verfälschung bei ge-

wöhnlichem kaufmännischen Besicht nicht ermittelt, also wie das Statut sich ausdrückt, mit menschlichen Sinnen nicht begriffen werden kann, [4] so ist sofort klar, daß, wenn es sich hier von der Bezahlung der ersten auf Besicht gekauften Partei handelte, der Beklagte mit einer auf Redhibition oder auf Preisverminderung gerichteten Einrede unbedenklich zuzulassen wäre.

Es fragt sich jetzt aber, ob der Beklagte mit dieser letzteren allein in Frage stehenden Einrede gegen die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für die zweite Sendung zuzulassen und ihm von den vorigen Richtern mit Recht der Beweis derselben nachgelassen worden ist, daß die vom Beklagten am 30. Januar 1857 bei dem Kläger bestellte und demnächst von ihm empfangene Sendung Wachs einen Zusatz von Harz im Betrage von 20 Procent oder wie viel weniger gehabt habe....

Indessen mußte hierin den vorigen Richtern beigetreten werden.

Der Kläger hat

1) in den vorigen Instanzen gegen die Einrede des Beklagten sich lediglich mit der Replik zu schützen versucht, daß der Beklagte in seinem Briefe vom 30. Januar nur verlangt habe, [5] das fernerweit zu liefernde Wachs solle von derselben Güte sein, wie das bereits erhaltene, daß aber, wie Beklagter selbst zugeben müsse, Kläger diese ihm hiernach allein obliegende Verpflichtung erfüllt habe. — Allein dieser Einwand ist mit Recht als ein unbegründeter verworfen worden.

a) Zwar muß man wegen jener Worte in dem Briefe des Beklagten den zweiten Handel als einen Kauf nach Probe ansehen, und es kann immerhin zugegeben werden, daß bei einem solchen Handel von dem Käufer eine etwas genauere Prüfung der Probe gefordert werden darf, als die Prüfung der Waare beim Handel auf Besicht in der Regel sein kann; wie denn auch die von den vorigen Richtern angeführten Schriftsteller zunächst nur davon haudeln, daß der Verkäufer auch beim Handel nach Probe für diejenigen Mängel

der Waare, [6] welche sich aus der Probe absolut nicht ersehen ließen, einzustehen habe.

Juristische Abhandl. 1, S. 210.

Thöl, Handelsr. 1, S. 342, Not. 18.

während im vorliegenden Falle die genauere sofortige Untersuchung der ersten Sendung Wachs, also der Probe für die zweite, die angebliche Verfälschung der Waare ergeben haben würde. — Allein auch abgesehen davon, daß die erste Sendung Wachs dem Beklagten nicht, um als Probe zu dienen, eingesandt, sondern auf Besicht verkauft war, läßt sich auch bei einem Handel nach Probe über Waaren der vorliegenden Art der Verkäufer nicht von der Haftung für solche mangelhafte Eigenschaft der Waare freisprechen, welche, wie der Kläger in diesem Falle selbst zugiebt, nur durch eine chemische Untersuchung der Probe zu ermitteln stand.

[7] Hierzu kommt

b) daß es sich hier nicht von einer einfachen Probe handelte, sondern daß die erste Partei Wachs, nach welcher der Kläger die jetzt streitige bestellt und also für diese zur Probe gemacht, ihm vom Kläger als gutes Wachs verkauft war, mithin der Kläger für diese Eigenschaft der Waare immer einzustehen hat, und nach dem Obigen selbst nicht bestreitet, daß, wenn das gelieferte Wachs von der vom Beklagten behaupteten Beschäffenheit sein sollte, es für gute empfangbare Kaufmannswaare nicht gelten könne, daß eine solche geliefert werde, aber immer bei jedem Handel als stillschweigende Bedingung anzunehmen ist. — Hatte nun aber der Kläger für diese Eigenschaft der ersten Sendung einzustehen, so kann er dem Beklagten unmöglich präjudiciren, daß er bei der zweiten Bestellung nur das Verlangen stellte, daß die weitere Sendung von der Güte der [8] ersten sei.

Nun hat freilich

2) der Kläger in gegenwärtiger J. auf ein allgemeines handelsrechtliches Gewohnheitsrecht sich berufen, wonach namentlich beim Wachs, wobei im Großhandel ein Kauf auf Besicht gar nicht vorkomme, sondern nur ein Kauf nach Probe, der Verkäufer, wenn die gelieferte Waare nur mit der Probe übereinstimme, für keine auch noch so schwer zu

ermittelnde Verfälschung der Waare einzustehen habe, weil dem Käufer die Pflicht obliege, die Probe der gründlichsten Untersuchung, auch durch Anwendung chemischer Analyse, zu unterziehen, und der Kläger hat mittelst einer eventuellen Beschwerde beantragt, ihn jedenfalls zum Beweise darüber zuzulassen.

Ob die Geltendmachung eines solchen Gewohnheitsrechts als eine neue Replik in höchster I. [9] zulässig war, kann in diesem Falle unerörtert bleiben, da das neue Vorbringen nicht zu beachten war.

Denn zuvörderst

a) ist das angebliche Gewohnheitsrecht, von welchem der Kläger selbst zugiebt, daß es mit den bisher herrschenden, aus dem gemeinen Rechte geschöpften Grundsätzen der handelsrechtlichen Theorie in Widerspruch zu stehen scheine, viel zu allgemein und ohne irgend etwas dafür beizubringen, was einen Anhalt gewähren könnte, hingestellt worden, was um so mehr in Betracht kommt, als der Kläger selbst zugiebt, daß in Lübeck Wachs nicht nach Probe, sondern auf Besicht verkauft werde; sodann

b) würde es jedenfalls in dem vorliegenden Falle, wo der Kläger gezeigtermaßen dafür einstehen muß, daß die als Probe für die jetzt streitige Wachssendung aufzufassende zuerst gesandte Waare gute Kaufmannswaare sei, keine Anwendung leiden können.

---

## 390. Schiffer-Ges. u. Gen. w. Köhn, 20. Febr. 1858. S551R.

**Die Segelmacher bilden in Lübeck einen integrirenden Theil der Schiffergesellschaftszunft, und dieser steht mithin hinsichtlich des Segelmachens ein Verbietungsrecht gegen Unzünftige zu, welches eines weiteren Beweises nicht bedarf.**

[2] Das WG. hat in seinem Erkenntniß vom 1. Nov. 1853 den Klägern den Beweis auferlegt: „daß den Mitgliedern der Schiffergesellschaft dem Beklagten gegenüber die

ausschließliche Berechtigung zum Betriebe des Segelmachergewerbes zustehe;" und es hat in seinem ferneren Erkenntnisse vom 26. Febr. 1856 sich dahin geäußert, daß nach Inhalt der Verhandlungen im ersten Verfahren diese Beweisauflage nur bezweckt habe, dem Richter die Ueberzeugung zu verschaffen, daß, wer hierselbst das Segelmachen als bürgerliches Gewerbe betreibe, Mitglied der Schiffergesellschaft sein müsse. — Beide vorige Gerichte haben nun

A) die Thatsache, daß von [3] jeher, wenigstens seit 100 Jahren, alle, welche in Lübeck das Segelmachen als Gewerbe betrieben haben, Mitglieder der Schiffergesellschaft gewesen seien, mit Recht für vollständig erwiesen angenommen. Denn:

1) Die Kläger haben durch die Bruderbücher ihrer Gesellschaft nachgewiesen, daß seit 300 Jahren Segelmacher als Brüder der Schiffergesellschaft aufgenommen worden, und daß in den letzten 100 Jahren mindestens 18 Segelmacher als solche Mitglieder der gedachten Gesellschaft gewesen, bzw. noch sind: [was nachgewiesen wird, während das WG. dieses nur bei 14 Personen angenommen hatte]. [5] Ja, der Beklagte giebt in gegenwärtiger J. selbst zu, die Kläger hätten durch ihre Bücher nachgewiesen, daß seit dem Jahre 1752 zwanzig Mitglieder in ihre Gesellschaft aufgenommen seien, bei denen sich die Bezeichnung „Segelmacher" finde.

Zwar meint der Beklagte, es fehle der Beweis, daß in dem besagten Zeitraume alle hiesigen Segelmacher Mitglieder der Schiffergesellschaft gewesen seien, und jene Zahl sei im Hinblick auf die Lebhaftigkeit der von hier aus von jeher betriebenen Schifffahrt so gering, daß sich das gar nicht annehmen lasse. Indessen erscheint, was zunächst dieses [6] letztere betrifft, wenn man die Zahl der in 100 Jahren in die Schiffergesellschaft eingetretenen Segelmacher zu 20 annimmt, und zugleich erwägt, daß laut den Acten auch solche Personen, die als Schiffer eintreten, wenn sie unfähig werden zur See zu fahren, das Segelmachergewerbe ergreifen, die Zahl keineswegs gering, da gegenwärtig sich nur drei Segelmacher in der Schiffergesellschaft befinden, während in 100 Jahren durchschnittlich alle 5 Jahre einer aufge-

nommen ist. Es kommt aber hierauf gar nichts an. Denn was den Einwand selbst betrifft, so entspricht es wenig dem Wesen der Zünfte, die Möglichkeit anzunehmen, daß ein und dasselbe Gewerbe an einem und demselben Orte theils von Zünftigen, theils von Unzünftigen, mit Ausnahme der bei einzelnen [7] wenigen Handwerkern vorkommenden Freimeister, betrieben werden könne. Sind Segelmacher seit Menschengedenken Mitglieder der Schiffergesellschaft gewesen, so können in dieser Zeit andere Personen außerhalb dieser Zunft nur als etwa kraft Connivenz derselben, oder als Pfuscher das Segelmachergewerbe betrieben haben, mit anderen Worten, es ist durch den Umstand, daß Segelmacher zur Schiffergesellschaft gehören, erwiesen, daß die Schiffergesellschaft zu den häufig, auch hier in Lübeck vorkommenden zusammengesetzten Zünften (im Gegensatz der einfachen) gehört, indem solche Handwerker, die nach der Natur ihres Gewerbes an einem Orte nicht in solcher Zahl vorhanden sind, um eine eigene Zunft zu bilden, oder weil sie einer anderen in die Hände arbeiten, sich mit dieser nahe verwandten Zunft, wie z. B. [8] in Lübeck die Steinhauer mit den Maurern, früher die Maler mit den Glasern, als integrirender Theil verbinden.

Kulenkamp, Recht der Handwerker und Zünfte. S. 49 ff.
Merbach, Theorie des Zunftzwangs. S. 138.
Behrens, Statistik von Lübeck, Th. 1. S. 125. 127. 129.

Das gleiche Ergebniß wird sodann

2) aus den Zeugenaussagen entwickelt [8—11].

[12] 3) Bereits das WG. hat sich darauf berufen, daß nach Behrens' Topographie und Statistik von Lübeck Thl. 2, S. 31. die Zunft der Schiffergesellschaft aus denjenigen besteht, welche als Schiffer oder als Segelmacher das Bürgerrecht gewonnen haben..... Und die Richtigkeit des von Behrens Gesagten wird durch Folgendes bestätigt:

a) In einer in Betreff des von dem Beklagten in dieser Instanz mehrfach in Bezug genommenen, in der Mitte des vorigen Jahrhunderts verhandelten Processes zwischen der

Schiffergesellschaft und der Schonenfahrerzunft im Jahre 1753 abseiten der sämmtlichen Kaufmannschaft veröffentlichten Druckschrift wird es als ein ganz notorisches Factum hingestellt, daß sich „die Segelmacher zur Schiffergesellschaft bekennen," und am Schlusse einer als Anlage beigebrachten Liste aller damals lebenden Mitglieder der Schiffergesellschaft werden 108 Schiffer aufgezählt, und heißt es sodann weiter:

dazu kommen noch 5 Segelnäher, die auch zur Schiffergesellschaft als Collegiati gezählt werden; mithin bestehet die ganze Zunft aus [13] 113 Personen.

— Wahrhafter Unterricht von der Beschaffenheit des obschwebenden gerichtlichen Streites zwischen der Kaufmannschaft und den Schiffern zu Lübeck 1753, S. 16. u. 39. —

b) Ganz diesem Verhältnisse entsprechend und ohne das gar nicht erklärlich ist es, daß, wie der ehemalige Wettediener Schunck bezeugt und das Stadtamt hinsichtlich der drei seit 1833 vorgekommenen Fälle bescheinigt, die zu Bürger angenommenen Segelmacher bei ihrer Zulassung zum Bürgerrechte eine Bescheinigung über ihre Aufnahme zu Mitgliedern der Schiffergesellschaft beibringen.

B) Steht nun aber als erwiesen fest, daß die Segelmacher einen integrirenden Theil der zusammengesetzten Zunft der Schiffergesellschaft, also eine Zunft bilden, so folgt nach dem richtigen, und namentlich für Lübeck, wo strenges Zunftrecht gilt, wiederholt vom OAG. ausgesprochenen Principe, daß das ausschließliche Recht in Beziehung auf diejenigen Arbeiten, welche den Gegenstand ihres Gewerbes bilden, sich von selbst versteht, wenigstens die rechtliche Präsumtion für sich hat,

Kulenkamp a. a. O. S. 201.
Merbach a. a. O. S. 25 z. E.

und Unzünftigen gegenüber von den Zunftgenossen nicht erst bewiesen zu werden braucht. Und es bedarf daher kaum noch der Hinweisung darauf

[15] 1) daß von den producirten neun Beweiszeugen sechs es als ihre Meinung bzw. Ueberzeugung aussprechen,

daß bisher nur Derjenige das Segelmachergewerbe hieselbst selbstständig habe betreiben dürfen, welcher Mitglied der Schiffergesellschaft gewesen sei, und sie nie gehört haben, daß eine andere Ansicht in der Beziehung hier geherrscht habe, indem drei dieser Zeugen den nach dem Obigen völlig zureichenden Grund für ihre Ueberzeugung angeben, weil die Segelmacher Mitglieder der Schiffergesellschaft seien, und einer, der Zeuge Sahn, bestimmt deponirt, daß das Segelmachen einigen Pfuschern von der Schiffergesellschaft inhibirt worden sei: [16] eine Aussage, welche durch das von Klägern beigebrachte Wetteprotokoll vom 7. Dec. 1847, wonach der Sohn des Segelmachers Brandt, weil er als Geselle für Segelmacherarbeit auf eigne Hand nicht befugt sei, von der Schiffergesellschaft belangt, und von dem WG. verurtheilt ist, unterstützt wird.

Denn wenn die vorigen Richter jene Aussage des Zeugen Sahn und den Vorgang mit Brandt deshalb für irrelevant erklären, weil

a) aus dem Rechte, Pfuscher zu verfolgen, nicht das Recht folge, einem concessionirten Arbeiter die Arbeit zu wehren, so ist dieses Argument unzutreffend. Denn

α. ein Pfuscher ist eben ein unbefugter unzünftiger Arbeiter, setzt also die Existenz einer Zunft mit Verbietungsrechten voraus. Hat man also der Schiffergesellschaft das Recht zugestanden, solchen, die Segel machten, ohne [17] ihr anzugehören, die Arbeit zu wehren, so hat man eben damit ihr ausschließliches Recht anerkannt.

β. Wie es in L. überall keine concessionirte Segelmacher giebt, wie namentlich der Beklagte sich auf eine solche ihm ertheilte Concession gar nicht berufen hat, so steht es in dieser Sache auch gar nicht in Frage, ob den Klägern, etwanigen concessionirten Segelmachern gegenüber, ein Verbietungsrecht zustehe.

γ. Der Satz, für welchen die vorigen Richter das Präjudicat des OAG. in Sachen des Riemeramts w. Hasselbrinck, 30. März 1840 (S. 2, 217, p. 335) geltend machen, führt gerade dahin, dem Beklagten, als einem Pfuscher, gegenüber, den den Klägern auferlegten Beweis für geführt anzunehmen. Denn dieser Satz

geht dahin, daß eine Zunft hinsichtlich gewisser Arbeiten nur überhaupt ein Recht, [18] und nicht ein ausschließliches zu haben braucht, um sie einem Pfuscher untersagen zu können, wenngleich daraus kein Verbietungsrecht solchen Arbeitern gegenüber gefolgert werden könne, welche, ohne zu einer Zunft zu gehören, zu den betreffenden Arbeiten concessionirt sind. — Eben so unzutreffend ist

b) der Grund, der Fall mit dem jungen Brandt sei deshalb nicht entscheidend, weil

α. nicht die Schiffergesellschaft als solche, sondern Segelmacher gegen ihn eingeschritten seien. — Denn sollte damals nicht, wie jetzt, die ganze Schiffergesellschaft, sondern die in derselben [19] befindlichen beiden Segelmacher aufgetreten sein, so hätte davon vielleicht der Beklagte eine Legitimationseinrede hernehmen können: in der Sache selbst macht es keinen Unterschied.

β. Weil sie nicht als Kläger, also nicht wegen eines verletzten Privatrechts, sondern als Denuncianten gegen ihn aufgetreten seien. Allein hier ist übersehen, daß die Parteien in der Replik und Duplik übereinstimmend von einer abseiten der Schiffergesellschaft gegen den gedachten Brandt angestellten Klage reden, und daß das Protokoll, auf welches die vorigen Richter sich beziehen, nur eine bei der Wette von den Segelmachern angebrachte Anzeige enthält, Brandt habe dem in Folge der angestellten Klage ihm beigelegten Verbote zuwidergehandelt. Uebrigens treten gerade gegen Pfuscher die Zünfte, auf ihr klares Verbietungsrecht gestützt, in der Regel als Denuncianten auf, ohne daß bisher daraus gefolgert [20] wäre, es geschehe nicht wegen verletzten Privatrechts. — Auch kommt in Betracht,

2) daß es in Lübeck eine Arbeit wie das Segelmachen, das betrieben worden ist, so lange die Stadt Schifffahrt treibt, in dem Sinne als „freie Arbeit," daß man, um sie zu betreiben, weder Mitglied einer Corporation, noch auch concessionirt zu sein braucht, überall nicht giebt: woraus denn, da Beklagter nicht gewagt hat zu behaupten, daß das Segelmachen jemals in Folge einer Concession der Wette hier geübt worden sei, und keine andere Zunft es als ihr

zustehend in Anspruch nehmen kann, mit Nothwendigkeit das Recht, und also das Verbietungsrecht der Kläger in Beziehung auf diese Arbeit folgt. — Gerade diesem letzten Umstande gegenüber erscheint denn auch

[21] 3) der Gegenbeweis des Beklagten völlig verfehlt; — was [21] weiter ausgeführt wird. — [22] Es bleibt daher nur übrig

C) die Gründe zu prüfen, aus welchen die vorigen Richter und der Beklagte vermeinen, daß der Beweis der Kläger nicht geführt sei. — Hier ist nun

1) der einzige Grund der vorigen Richter folgender: Kläger hätten beweisen müssen, daß die Segelmacher in der opinio necessitatis in die Schiffergesellschaft eingetreten seien, weil sonst **diese** den Betrieb des Gewerbes ihnen verbieten könne. Dieser Beweis sei aber gar nicht erbracht, indem es vielmehr immerhin möglich sei, daß der Eintritt nur zum Zwecke einer festen bürgerlichen Stellung erfolgt sei, wie nach

[23] Behrens, Statistik. Thl. 1. S. 128. u. 129. Die Stecknitz- und Travenschiffer zum Amte der Schneider gehörten. — Allein:

a) ist es nicht richtig, die Grundsätze über die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts, daß nämlich die Handlungen, welche das Gewohnheitsrecht bilden oder beweisen sollen, in der Meinung einer rechtlichen Nothwendigkeit vorgenommen worden sein müssen, hier, wo es sich von einem unvordenklichen Herkommen handelt, überall zur Anwendung zu bringen, namentlich aber in der Richtung, wie hier geschehen ist. — Steht also erwiesen fest, daß die Segelmacher seit mindestens 100 Jahren mit den Schiffern in einer Zunft vereinigt sind, daß seitdem unter Duldung der Schiffergesellschaft kein Segelmacher [24] hier das Gewerbe betrieben, ohne Mitglied ihrer Zunft zu sein, so ist der den Klägern auferlegte Beweis geführt. — Es würde sich nach der einer Zunft für ihre Arbeiten beiwohnenden Präsumtion des Verbietungsrechts nicht einmal rechtfertigen, wollte man — was bei dem Beweise sonstiger Zwangs- und Bannrechte allerdings nöthig ist — die Kläger zwingen, noch außerdem zu

beweisen, daß die Personen, welche sich seither außerhalb der Zunft der Betreibung des Segelmachergewerbes enthalten, oder diejenigen, welche Segel bei Mitgliedern der Schiffergesellschaft haben fertigen lassen, es opinione necessitatis unterlassen bezw. gethan haben. Vollends unstatthaft aber ist es, von den Klägern den Beweis zu verlangen, daß die Segelmacher deshalb in die Schiffergesellschaft getreten, weil sie [25] gemeint, die Schiffer könnten ihnen sonst die Betreibung ihres Gewerbes wehren. Die Gründe, welche ohne Zweifel schon in uralter Zeit diese, übrigens an sich sehr natürliche, Vereinigung zuerst bewirkt haben, liegen im Dunkeln und sind auch ganz gleichgültig. Der von den vorigen Richtern als nothwendig hingestellte kann es unmöglich gewesen sein, man müßte denn annehmen, daß in alter Zeit alle Schiffer zugleich Segelmacher gewesen seien. Nachdem aber einmal Schiffer und Segelmacher eine gemeinsame Zunft mit Verbietungsrechten gebildet, kann, wie von Seiten der einzelnen Schiffer, so auch von Seiten der einzelnen Segelmacher der Beitritt aus keinem andern als dem Grunde der vorigen Richter geschehen sein.

b. Freilich stellen diese es als möglich hin, und daraus entnehmen sie ihr Bedenken, daß [26] die Stellung der Segelmacher zur Schiffergesellschaft lediglich eine solche sein könne, wie die der Stecknitz- und Travenschiffer zu dem Amte der Schneider, nämlich nur staatsrechtlicher Natur. — Dabei wird aber ein Doppeltes übersehen:

α. Bekanntlich ward nach der früheren Verfassung das zwölfte Collegium der Bürgerschaft gebildet von den vier großen Aemtern der Schmiede, Schneider, Bäcker und Schuster, deren jedem eine Zahl der übrigen s. g. kleinen Aemter zugetheilt war, welche die Ausgaben der großen Aemter, soweit diese die bürgerlichen Verhältnisse betrafen, theilten. Diese s. g. kleinen Aemter waren und sind aber in gewerblicher Beziehung völlig selbstständig. Gar keine Aehnlichkeit damit hat das Verhältniß der Segelmacher zu den Schiffern, welche zusammen eine [27] einzige Zunft bilden.

1) Wäre aber auch das Verhältniß ein ähnliches, so würde doch daraus in Beziehung auf die Verbietungsrechte der Segelmacher nicht das Geringste folgen, so wenig wie die Tischler, weil sie zum Amte der Schmiede, die Maurer, weil sie zum Amte der Schuster gehörten, des Zunftzwangs entbehrten.

2) Der Einwand der Beklagten, daß die Kläger das prätendirte Recht durch ein ihnen ertheiltes schriftliches Privilegium hätten erweisen müssen, bedarf keiner Widerlegung, da ein unvordenkliches Herkommen nachgewiesen ist, das ganz allgemein als Entstehungsgrund von Zunftrechten gilt, und da die Schiffergesellschaft, deren Zusammensetzung dem Senate natürlich nicht unbekannt war, seit mehreren Hundert Jahren sowohl in staatsrechtlicher [28] als in gewerblicher Beziehung als Zunft anerkannt ist.

3) Das Gleiche gilt von dem Einwande des Beklagten, daß die Segelmacher wirkliche Handwerker seien, welche Gesellen und Burschen halten, und daß daher, da die ausschließliche Berechtigung zur Betreibung eines Handwerks nur einer Handwerkscorporation zustehen könne, die Segelmacher nicht wohl ein integrirender Theil der Schiffergesellschaft sein könnten, weil man dann dieser letzteren keine von den Handwerkszünften isolirte Stellung hätte einräumen dürfen, sondern sie diesen politisch hätte gleichordnen müssen. — Denn:

a) die Schiffergesellschaft und die Brauerzunft sind die beiden Collegien, welche zwischen den commercirenden und den Handwerkszünften in der Mitte standen, und so verträgt es sich mit dieser [29] Stellung vollkommen, wenn erstere die ihnen in die Hände arbeitenden Segelmacher in ihre Mitte aufnahm, ohne daß sie dadurch zu einer eigentlichen Handwerkszunft wurde, wogegen sie in jenem Processe, in welchem sie für die Schiffer das Recht, Handel zu treiben, in Anspruch nahm, daher mit Recht protestirt hat.

b) Daß die Segelmacher aber nicht, wie Beklagter behauptet, ein bloßes Anhängsel, sondern wirklich einen integrirenden Theil der Schiffergesellschaft bilden, ergiebt sich daraus, daß sie nicht nur Brüder der Zunft sind, sondern, wie deren Bücher beweisen, auch Aelteste derselben, wenigstens

Jungälteste werden können; [wofür von 1758 bis 1830 acht Beispiele angeführt sind].

---

## 391. Kahts, Vorstand e. Todtenlade, w. Wiggers Wwe., 27. Febr. 1858. T119R.

1) Versehentliche Nichtberücksichtigung einer eventuellen Eideszuschiebung von Seiten des Richters bewirkt Nichtigkeit im **Verfahren**.

2) Die Nichtigkeit eines Erkenntnisses in einem von dessen übrigem Inhalt trennbaren Punkte hat nicht die Aufhebung des ganzen Erkenntnisses, sondern nur des betreffenden Theiles zur Folge.

[2] Der Beklagte hat das OGE. aus dem Grunde als nichtig angefochten, weil dasselbe, indem es für den Fall, daß die Klägerin den Reinigungseid über den ersten der dem Beklagten auferlegten alternativen Beweise schwören sollte, den Beklagten bereits definitiv verurtheilt, übersehen habe, daß abseiten des letzteren der Klägerin hinsichtlich der zweiten, im Uebrigen bereits rechtskräftig für verfehlt erkannten Beweisalternative eventuell ein Eid deferirt sei. — Das OG. hat in seiner Erklärung über die Nullitätsklage zugegeben, daß diese eventuelle Eideszuschiebung in Folge eines zufälligen Versehens unberücksichtigt geblieben sei... [5], und dieses Uebersehen involvirt eine Nichtigkeit.

1) Zwar muß davon ausgegangen werden, daß, indem der §. 41 der OAGO. die Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines wesentlichen Mangels im Verfahren zuläßt, dadurch zugleich ausgesprochen ist, daß Nichtigkeiten, die sich aus dem Inhalt des Urtheils ergeben sollen, nicht dazu berechtigen, daß es mithin nur darauf ankommt, ob im Verfahren, nicht aber in der Beurtheilung etwas Wesentliches versehen worden ist.

Wie dies schon in Beziehung auf den, dem ang. §. 41 zum Grunde liegenden §. 122 des JRA. [6] anzunehmen steht:

Grolman, Gerichtl. Verfahren, §. 218.

Martin, Bürgerl. Proceß, §. 294. 295.

Linde, Civil-Proceß, §. 421.

Derselbe, Lehre v. d. Rechtsmitteln. Th. 2, §. 257 unter 1.

Bayer, Civil-Proceß, S. 1089 z. E.

so hat auch das OAG. in Beziehung auf den ang. §. 41 von jeher demselben Grundsatze gemäß in vielfacher Anwendung erkannt.

Blume, OAGO., Not. e zu §. 41.

Allein

2) im vorliegenden Falle handelt es sich auch nicht bloß von einem Fehler in der Beurtheilung. — [7] Ist es nämlich ein wesentliches Erforderniß des Prozesses, daß der Beklagte mit seiner Vertheidigung und mit den zu dem Zwecke gebrauchten Beweismitteln gehört werde, so liegt jedenfalls dann ein wesentlicher Mangel des Verfahrens vor, wenn der Richter ein Beweismittel, nicht etwa absichtlich, weil er dasselbe für unzulässig oder unerheblich erachtet, in welchem Falle allerdings nur eine Iniquität des Urtheils vorhanden sein würde, sondern, ohne es irgend einer Erwägung zu unterziehen, wegen reinen Uebersehens unberücksichtigt läßt, und daher nicht einmal die weitere Instruction, deren es noch bedarf, anordnet. Haben daher im vorliegenden Falle die vorigen Richter... die von dem Beklagten über die zweite Beweisalternative eventuell [8] zur Hand genommene Eideszuschiebung übersehen, und daher, statt die Klägerin schuldig zu erkennen, sich über dieselbe, was bis dahin noch nicht geschehen ist, zu erklären, für den Fall der Ausschwörung des der Klägerin auferlegten Reinigungseides über die erste Beweisalternative, den Beklagten bereits verurtheilt, so konnte das OAG., wie in früheren Fällen, wo die vorigen Richter einzelne Beschwerden übersehen und daher über dieselben zu erkennen unterlassen hatten, so auch hier nicht umhin, einen zur Nichtigkeitsklage berechtigenden wesentlichen Mangel im Verfahren anzunehmen.

Indessen konnte dies nicht dahin führen, daß, wie der Querulant beantragt, das OAG. nunmehr selbst das der

Actenlage entsprechende Erkenntniß abgebe, vielmehr [9] hatte es nur über die Nichtigkeit zu erkennen.

OAGO. §. 107.

Eben so wenig bedurfte es aber, da die im angefochtenen Erkenntniß enthaltene Entscheidung über den Beweis der ersten Alternative und über die Kosten der v. I. von der fraglichen Nichtigkeit gar nicht berührt werden, einer Cassirung des ganzen Erkenntnisses.

arg. l. 29. D. de minoribus 4, 4.
l. 41. D. fam. ercisc. 10, 2.
l. 24. D. de jure patronatus. 37, 14.

Vielmehr war nur der betreffende Theil der v. U. wieder aufzuheben.

---

## 392. Kahl u. Hardtz Ehefr. w. Kaths, 20. Febr. 1858. K237R.

Die Herausgabe einer Schuldverschreibung über eine schon bezahlte Schuld zu deren Tilgung im Hypothekenbuch ist, da diese nach § 15 HO. f. d. Stadtgebiet auch durch Bescheinigung der Amortisation des Schuldscheins bewirkt werden kann, kein Gegenstand von unbestimmter Schätzung, sondern die AS. wird durch die Kosten des Amortisationsverfahrens gebildet.

2) Die gegenwärtige Appellation hat lediglich die Entscheidung des OG. zum Gegenstande, daß die Beklagten schuldig seien, zum Behuf der Tilgung von zwei Vierteln eines Pfandpostens von 3000 MrkN²/₃ die Obligation über das fragliche, geständigermaßen längst zurückgezahlte Darlehn zur Vorlegung bei der Hypothekenbehörde auszuliefern, und zwar zunächst den ihnen auferlegten Beweis ihrer Einrede, daß diese Obligation bereits von ihrem Erblasser dem Kläger zurückgegeben sei. Dies ist aber

3) kein Gegenstand von unbestimmter Schätzung, sondern von einem bestimmten, weit unter der AS. anzuschlagenden Werthe, indem die HO. f. d. Stadtgebiet §. 15. nur Vorlegung entweder des Schulddocuments oder der Bescheinigung

über dessen gerichtliche Mortification verlangt, mithin für den Fall, daß die Beklagten den ihnen auferlegten Beweis nicht führen und auch die Obligation nicht sollten herbeischaffen können, der Kläger nur Mortificirung derselben auf Kosten der Beklagten, und zwar zunächst nur zu zwei Vierteln fordern kann, folglich die Kosten solcher Mortification den eigentlichen Werth der Beschwerde bilden und diese ohne Weiteres als lange nicht 1000 M. erreichend angenommen werden dürfen.

---

## 393. Bogaske w. Ehefr., 6. März. 1858. B439R.

1) Unter den in §. 9 unter 2. und §. 15 unter 3. der V. v. 5. Juli 1820 genannten Inhäsivbescheiden sind nicht diejenigen Verfügungen zu verstehen, welche ein Richter, nachdem er dieselben auf einseitigen Antrag erlassen, auf dagegen erhobene Remonstration erneuert; sondern solche Bescheide, wodurch Etwas, was bereits früher unter den Parteien rechtskräftig, und zwar gleichgültig, ob von demselben oder einem andern höheren oder niederen Richter entschieden war, wiederholt ausgesprochen wird. p. 4.

2) Der Rechtskraft fähige Entscheidungen können auch in den Gründen eines Urtheils enthalten sein. p. 5.

3) Die Extrajudicial-Appellation ist unanwendbar, wo es sich um Abänderung einer nach contradictorischem Verfahren in einer Civilproceßsache ergangenen richterlichen Entscheidung handelt. p. 8. 9.

4) Die einfache Beschwerde aus § 43. OAGO. ist unzulässig gegen einen auf Rechtsgründe gestützten richterlichen Ausspruch. p. 9.

---

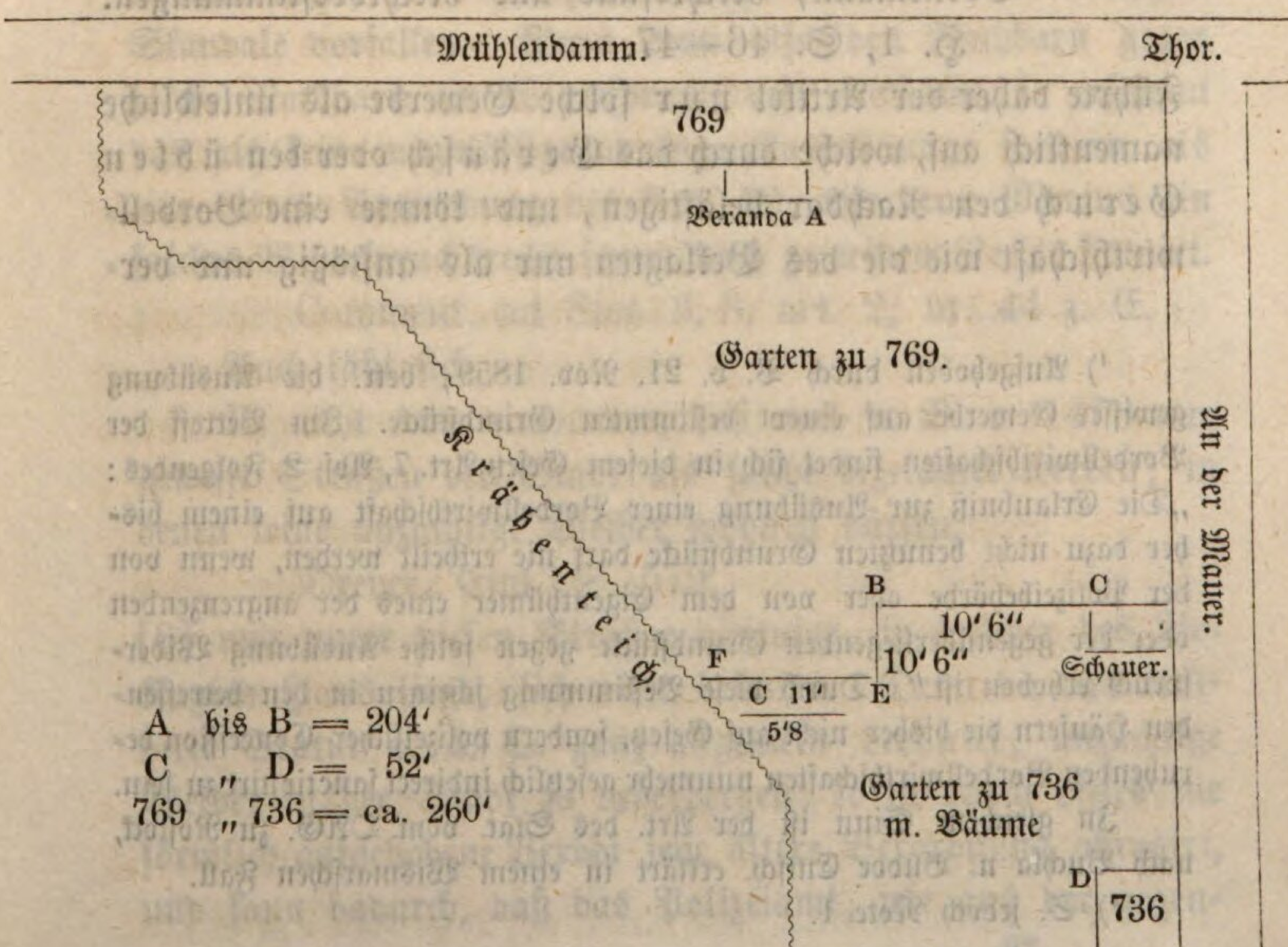
## 394. Poppe Bekl. w. Achilles Erben, Eigner des Erbes Nr. 769, 11. März 1858. P147R.

1) Stat. 3, 12. Art. 12 giebt dem Nachbarn ein Verbietungsrecht wider den Nachbarn in Betreff einer mit Krugwirthschaft verbundenen Bordellwirthschaft.[1])

2) Stat. 3, 12, Art. 12 leidet Anwendung, wenn nicht auch in den Vorstädten, doch jedenfalls bis zu der seit Revision des Statuts eingetretenen Erweiterung der Stadt bis zur Thorzingel.

3) Wer als Nachbar anzusehen ist, hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab. Auch Gartennachbarn können Nachbarn sein.

4) Wird die in einer Krug- (Bordell-) Wirthschaft für die Nachbarn enthaltene Unleidlichkeit gänzlich beseitigt, so steht ein jene Wirthschaft verbietendes Erkenntniß ihrer erneueten Anlage nicht entgegen.[2])



Der Beklagte hat der, auf Einstellung der in seinem Hause Nr. [2] 736 an der Mauer angelegten Bordellwirthschaft gerichteten Klage

I) den Einwand entgegengesetzt, das Lüb. Stat. 3, 12, Art. 12. gebe den Nachbarn überall kein Widerspruchsrecht gegen eine Bordellwirthschaft. — Hier entsteht nun allerdings

A) das Bedenken, daß der Art. 12 außer den feuergefährlichen als unleidlich eine Reihe von Gewerben namentlich aufführt, und daß daher der Zusatz, „und dergleichen gefährliche und unleidliche Handwerke" dem Richter nur das Recht giebt, den Artikel, welcher als ein jus singulare aufzufassen ist, auf andere in gleicher Weise wie die namentlich genannten belästigenden Gewerbe anzuwenden, nicht aber analogisch auch auf Gewerbe ganz anderer Art auszudehnen.

Mevius, Comment. ad art. cit. [3] Nr. 17—19.
Mevius, Dec. 3, 403. not. 7. 8.
4, 236. not. 4.
6, 141. not. 2. 3.
Engelbrecht, Obs. sel. 87, p. 496.
Bornemann, Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen. H. 1, S. 46—47.

Führte daher der Artikel nur solche Gewerbe als unleidliche namentlich auf, welche durch das Geräusch oder den üblen Geruch den Nachbar belästigen, und könnte eine Bordellwirthschaft wie die des Beklagten nur als anstößig und ver-

---

[1]) Aufgehoben durch V. v. 21. Nov. 1859, betr. die Ausübung gewisser Gewerbe auf einem bestimmten Grundstücke. Im Betreff der Bordellwirthschaften findet sich in diesem Gesetz Art. 7, Abs. 2. Folgendes: „Die Erlaubniß zur Ausübung einer Bordellwirthschaft auf einem bisher dazu nicht benutzten Grundstücke darf nie ertheilt werden, wenn von der Polizeibehörde oder von dem Eigenthümer eines der angrenzenden oder der gegenüberliegenden Grundstücke gegen solche Ausübung Widerspruch erhoben ist." Durch diese Bestimmung scheinen in den betreffenden Häusern die bisher nicht auf Gesetz, sondern polizeilicher Concession beruhenden Bordellwirthschaften nunmehr gesetzlich indirect sanctionirt zu sein.

In gleichem Sinn ist der Art. des Stat. vom OAG. zu Rostock, nach Buchka u. Budde Entsch. erklärt in einem Wismarschen Fall.

[2]) S. jedoch Note 1.

letzend für das Gefühl der Nachbarn und ihre Sittlichkeit gefährdend in Betracht gezogen werden, so würde es mindestens sehr zweifelhaft erscheinen, ob das Widerspruchsrecht des Klägers für begründet zu erachten sei. Allein Art. 12 führt unter den unleidlichen Gewerben [4] auch die Krugwirthschaften auf, deren Unleidlichkeit offenbar nicht bloß auf dem, was die äußeren Sinne der Nachbarn belästigt, sondern eben so sehr auf den auch sittlich verletzenden Skandalen beruht, die bei den Trinkgelagen in solchen Häusern nur zu häufig vorkommen. Und solchen Krugwirthschaften stehen die Bordellwirthschaften, die der Artikel nicht nennen konnte, weil sie zur Zeit der Revision des Statuts überall nicht in Lübeck geduldet wurden,

Stat. 4, 5, Art. 5.

in der Unleidlichkeit mindestens gleich, indem es nicht nur als notorisch angenommen werden darf, daß in solchen Lokalen jederzeit ein Verabreichen von Spirituosen stattfindet, sondern auch die Erfahrung bezeugt, daß vorzugsweise in solchen der Liederlichkeit des Besuchenden Vorschub leistenden Wirthschaften die ärgerlichsten, [5] mit Lärmen und Toben verbundenen, und mithin für den Nachbar unleidlichsten Skandale vorfallen. Wenn man also den Nachbarn gegen solche Nachbarn ein Widerspruchsrecht einräumt, so erscheint das als keine unzulässige analoge Ausdehnung, sondern als eine directe Anwendung des Art. 12, wie denn Mevius ein solches Widerspruchsrecht sogar nach gemeinem Rechte statuirt.

Comment. ad Stat. 3, 8, art. 2, nr. 44 z. E.

Auch läßt sich

B) nicht etwa einwenden, daß nach d. V. v. 1478 nur gewisse Straßen der Stadt als solche bezeichnet werden, in denen keine unzüchtige Weiber wohnen dürfen,

Dreyer, Einl. S. 579.

[6] und unter diesen Straßen diejenige, in welcher des Beklagten Haus liegt, sich nicht befindet. Denn da das revidirte Statut a. a. O. ganz allgemein verbietet, unzüchtige Weiber in der Stadt zu beherbergen, so ist durch dieses nie förmlich aufgehobene Verbot jene ältere Verordnung abrogirt, und kann dadurch, daß das Polizeiamt, wie aus der gegen-

wärtigen Sache hervorgeht, Concessionen zu Bordellwirthschaften ertheilt, nicht wieder in's Leben gerufen werden.[1]) — Der Beklagte hat gegen die Klage ferner

II) eingewendet, der ang. Art. 12 beziehe sich nur auf innerhalb der alten Stadtmauer liegende Häuser. Allein, wenn sich gleich dafür, daß der Art. 12 in vielen Fällen in den [7] Thorbezirken, welche jetzt den Namen Vorstädte führen, nicht zur Anwendung zu bringen sei, Manches sagen läßt,

Bornemann, a. a. O. S. 51 u. f.

so ist doch die Behauptung, daß, trotz der seit Revision des Statuts eingetretenen Erweiterung der eigentlichen Stadt bis zu den gegenwärtigen Thorzingeln, der Art. 12 gleichwohl nur für die innerhalb der alten Stadtmauer liegenden Häuser Gültigkeit behalten habe, eine durch nichts zu rechtfertigende, die auch in der dafür angerufenen Praxis keinen Anhalt findet, indem das OAG. sogar keinen Anstand genommen hat, eine Knochenbrennerei selbst vor den Thoren für ein von den Nachbarn nicht zu duldendes unleidliches Gewerbe zu erklären.

Reimers u. Deggau w. Pfeiffer, 11. Febr. 1823. (S. 1, 29.)

[8] Endlich ist

III) auch der Einwand, die Kläger seien nicht Nachbarn im Sinne des Art. 12, ein unbegründeter. Denn ob Jemand als Nachbar anzusehen sei, ist nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles je nach dem Gegenstande des Gewerbes und der gesetzlichen Vorschrift zu beurtheilen: „ad quos statuti ratio pertinet ad eos etiam porrigitur statuti dispositio."

Mevius, zum ang. Art. Nr. 21.

Bornemann, a. a. O. S. 60. 63. z. E.

Ueberdies aber sind in diesem Falle die Kläger auch im strengsten Sinne Nachbarn, nämlich Gartennachbarn des Beklagten, und wenngleich eine solche Nachbarschaft nur der Gärten von der Art sein kann, daß das in dem Hause betriebene Gewerbe den Gartennachbar durchaus nicht be-

---

[1]) S. jetzt V. v. 21. Nov. 1859, Art. 7, Abs. 2. in Note 1 zu S. 130.

lästigt, so läßt sich das von dem gegenwärtigen Falle nicht [9] behaupten, wo die lauten Orgien, selbst wenn sie sich auf das Haus des Beklagten beschränken sollten, die Kläger unangenehm berühren würden, und überdies gar keine Garantie vorhanden ist, daß das unsittliche Treiben im Sommer sich nicht auch auf den Garten ausdehnen werde. — Zwar hat nun noch der Beklagte

IV. besonders in gegenwärtiger J. es geltend gemacht, daß das Widerspruchsrecht der Kläger, wenn auch an sich begründet, doch deshalb hinwegfallen müsse, weil er Vorkehrungen theils bereits getroffen, theils angeboten habe, welche geeignet seien, die Unleidlichkeit seiner Wirthschaft für die Kläger gänzlich zu beseitigen. Allein es ist nach Inhalt des Besichtigungsprotokolls [10] zum mindesten zur Zeit völlig ungewiß, ob die gedachten Vorkehrungen zu diesem Zwecke irgend genügen werden, da die oberen Fenster der hinteren Giebelmauer des Bekl. durch Planken nicht wohl versteckt werden können, selbst nicht constirt, ob die angebotene Erhöhung der den Klägern gehörenden Planke den Einblick in den Garten des Beklagten verhindern wird, es überdies auch nicht bloß auf das ankommt, was in demselben *gesehen*, sondern auch was darin *gehört* werden kann, und endlich das vom Beklagten in Aussicht gestellte Verbot an die bei ihm hausenden Dirnen, seinen Garten zu betreten, natürlich gar keine Garantie für dessen Befolgung gewährt. — Sollte es indessen dem Beklagten, was sich sehr bezweifeln läßt, wirklich möglich sein, die Unleidlichkeit seiner [11] Wirthschaft in Beziehung auf die Kläger *gänzlich* zu beseitigen, so würde selbstverständlich dann das gegenwärtige die Verurtheilung des Beklagten bestätigende Erkenntniß demselben nicht entgegenstehen.

---

## 395. Green u. Co. Güterpfleger w. Maurenbrecher, 24. April 1858. G187V.

1) *Die vier Wochen, welche im G. B. von 9. Februar 1803 für die Richtigkeit von Erwerbungen wie Veräußerungen eines Gemeinschuld-*

ners verordnet sind, werden von Ausbruch des Concurses berechnet.[1])

2) Nach gemeinem wie nach lübischem Recht ist Concurs ausgebrochen, sobald eine darauf gerichtete Erklärung des Gerichts oder des Gemeinschuldners ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen vorhanden ist. Zu letzteren gehört die Flucht des Gemeinschuldners noch heutzutage.[2])

3) Zur Annahme des Fallissement's einer Firma genügt die Flucht des dirigirenden Associé's.

4) Wer die Rückgabe der Waare aus der Masse verlangt, hat zu beweisen, daß der Empfang in den Zeitraum von vier Wochen vor Anfang des Concurses falle.

Der Beklagte verlangt [2] mittelst seiner ersten Beschwerde in gegenw. I. die Herstellung des NGErk. v. 29. März 1856. Jedoch mit Unrecht. Wenn der gem. Besch. v. 9. Febr. 1803 die bei Veräußerungen eines Gemeinschuldners geltenden Bestimmungen auch auf Erwerbungen desselben ausgedehnt und verordnet hat, daß jene wie diese, insofern sie in den letzten vier Wochen vor dem Concurse stattgefunden haben, nichtig sein sollen, und wenn im Betreff der Erwerbungen eine besondere Vorschrift über den Anfangstermin des Concurses nicht ersichtlich, hinsichtlich der Veräußerungen dagegen nur die allgemeinen Ausdrücke „vor dem Ausbruche des Concurses" und „vor der Insolvenz", welche offenbar dasselbe bezeichnen sollen, gebraucht worden sind, [3] so ergiebt sich hieraus, daß die Frage nach dem Beginn des Gantverfahrens aus den gemeinen oder den besonderen Lübischen Rechten entnommen werden muß. In erster Beziehung kann nun der Ansicht nicht beigepflichtet werden, daß der Beginn des formellen Concurses gemeinrechtlich an die Veröffentlichung einer ihn aussprechenden Richterverfügung geknüpft sei. Vielmehr kann derselbe herbeigeführt werden durch eine Erklärung des Cridars oder durch einen Ausspruch des Gerichts. Beides kann in doppelter Weise statt-

---

[1]) S. j. CO. §. 58. Abs. b.

[2]) S. j. CO. §. 6. Nr. 1. §. 18.

finden, ausdrücklich oder stillschweigend, durch Handlungen, welche mit Bestimmtheit darauf hinweisen, daß die Absicht der Partei oder des Gerichts auf eine Erklärung der Zahlungsunfähigkeit gerichtet gewesen sei. Unter den Handlungen des Cridars aber, welche [4] allgemein als unzweifelhafte Bekundungen seiner Zahlungsunfähigkeit angesehen werden, nimmt dessen Flucht die erste Stelle ein

Schweppe, Concurs der Gläubiger. 3. A. § 26. S. 51. 52.

Von diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts weichen die Satzungen des lüb. R. überall nicht ab. In älterer Zeit

vgl. Cod. II nr. XXIII. (Hach, Das alte Lüb. R. S. 258.)

und noch zur Zeit der letzten Revision des Statuts 3, 4. Art. 1; 3, 6. Art. 1; 5, 12. Art. 3. 8. 10. war freilich die Flucht des Schuldners das einzige Moment, von welchem an der formelle Concurs sich datiren ließ, und zwar um deswillen, weil damals ein jeder Schuldner, welcher seinen [5] Gläubigern nicht gerecht werden konnte, die Flucht ergriff, um der Eigenhaft zu entgehen, so daß man für die damalige Zeit wohl sagen konnte, daß Flüchtigwerden und Concursmachen Begriffe seien, welche sich deckten. Als nun in späterer Zeit die Eigenhaft aufhörte und andere Rechtsformen hinzutreten, mit welchen der formelle Concurs gleichfalls begann, wie früher mit der Flucht, hörte dieselbe dessen ungeachtet keineswegs auf, ein sicheres Kennzeichen desselben zu sein. Diese neuen Formen traten neben jene frühere Form, beseitigten dieselbe aber nicht, und es läßt sich keineswegs sagen, weil jetzt die Flucht auch den Charakter einer Flucht vor dem Criminalrichter haben kann, so habe eine Flucht Schulden halber vor den Gläubigern aufgehört eine unzweifelhafte Erklärung zu sein für den [6] formellen Zustand der Zahlungsunfähigkeit. Mit dieser Auffassung stimmt denn auch die spätere Praxis völlig überein. Schon

Krohn, Triga, exerc. ad jus lubec. Kilon. 1758. p. 29. med.

bezeugt dieses, und

Hach, Prakt. Beiträge, Lübeck, 1801. S. 138.

sagt ausdrücklich: „Es ist mit Rücksicht auf 3, 1, Art. 3; 34, Art. 1, und 3, 6, Art. 1 des l. StR. allgemein angenommen und durch die Praxis bestätigt, daß die Flucht oder das Absterben eines verschuldeten Mannes den Zeitpunkt bestimmt, von welchem jene vier Wochen zurückgerechnet werden, wenn auch die Versiegelung oder eine andere gerichtliche Verfügung über die Güter des Geflüchteten oder Gestorbenen nicht sogleich [7] erfolgen sollte." Nun läßt sich aber überall nicht annehmen, daß es die Absicht des gem. Bescheides gewesen sei, von den durch Gesetz und Praxis festgestellten Grundsätzen über den Anfangstermin des Concurses abzuweichen, und zwar um so weniger, als der gedachte gem. Besch. nicht lange nach dem Erscheinen jener Beiträge von Hach erlassen ist, dessen Ansicht über den Inhalt des geltenden Rechts sicherlich mit Klarheit beseitigt sein würde, wenn die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen wäre, in diesem Punkte das bestehende Recht abzuändern. Auch steht das Präjudicat des OAG. in Sachen Pobertz cur. bon. w. Beskow v. 22. April 1823 (S. 1, 28, p. 102. 103.), durch welches das NG. zu seiner abweichenden Auffassung bewogen ist, dem Vorstehenden [8] überall nicht entgegen, da in dem vorliegenden Fall weder von einer bloßen Nichterfüllung von Verbindlichkeiten, noch von bloßen Gerüchten über Zahlungseinstellung, noch von Vorbereitungen einer Güterabtretung, noch von Arresten und Protestationen der Gläubiger, sondern von einer Handlung die Rede ist, welche von den ebengedachten sich sehr wesentlich unterscheidet, nämlich von der Flucht des Schuldners wegen Zahlungsunfähigkeit. Von dieser spricht das Präjudicat überall nicht, und erwähnt derselben nur zur Erklärung von Stat. 5, 12. Art. 3, welcher einen von dem vorliegenden ganz verschiedenen Fall betrifft.

Hiernach fragt es sich nur noch, ob gegenwärtig eine Flucht des Schuldners Schulden halber anzunehmen sei. Auch diese Frage [9] mußte bejaht werden. Der dirigirende Associé der beklagtischen Handlung hat sich unter Mitnahme von 3000 M. aus dem Fonds der Handlung von Lübeck am 10. Sept. 1855 heimlich entfernt, und ist, da sich die Zahlungsunfähigkeit derselben nach seinem Fortgang herausge-

stellt hatte, steckbrieflich verfolgt worden. Eine derartige Handlungsweise muß bis dahin als Flucht angesehen werden, daß nachgewiesen würde, bei der Abreise sei die Absicht zu fliehen nicht vorhanden gewesen. An einem derartigen Nachweis fehlt es aber so sehr, daß vielmehr die für die entgegengesetzte Absicht von dem Beklagten hervorgehobenen Momente zu dem Ende überall nicht tauglich erscheinen. Wer fliehen will, begiebt sich keineswegs immer [10] auf directem Wege in's Weite, und so konnte denn das von dem Beklagten behauptete Reisen des Associé's nach Hamburg, Berlin und Cöln nicht für geeignet erachtet werden, die Annahme einer Flucht zu beseitigen. Auch fehlt es an jeder genauen Angabe, daß und welche Gläubiger der obgedachte Associé der Handlung mit dem mitgenommenen Gelde etwa zu befriedigen beabsichtigt habe. Wenn es daher auch möglicherweise Fälle giebt, in denen sich nachweisen ließe, daß die Absicht, zu fliehen, erst in einem späteren Moment der Reise hervorgetreten und bei dem Abgang von Lübeck noch nicht vorhanden gewesen sei, so kann doch der vorliegende, wo es in dieser Beziehung an Angabe und Nachweis [11] erheblicher Momente fehlt, nicht unter dieselben gezählt werden. — Das Vorhandensein einer Flucht wird endlich auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß eine Theilhaberin der Handlung in Lübeck geblieben ist. Zwar kann es nicht bezweifelt werden, daß in Fällen, wo eine Firma aus mehreren Theilnehmern besteht, die Flucht eines derselben zur Constatirung des formellen Concurses noch nicht ausreiche, in so fern nämlich der andere Theilhaber die Befugniß hat, die Gesellschaft nach Außen zu vertreten. Daß dieses aber in dem vorliegenden Falle so gewesen sei, darüber fehlt es in den Acten an einer bestimmten Angabe, deren es um so mehr bedurft hätte, als die Eigenschaft des Flüchtigen als dirigirenden Associé's nicht in Abrede [12] genommen ist, überdies die Befugniß der andern Theilnehmerin der Handlung zur Vornahme von Rechtsgeschäften, welche die Societät verbänden, schwerlich vorhanden gewesen sein wird.

Eben so wenig konnte die zweite Beschwerde des Beklagten, mittelst welcher er eine Abweisung der Klage ange-

brachtermaßen herbeizuführen beabsichtigt, für begründet erkannt werden. Zwar ist so viel außer Zweifel, daß Kläger, dessen Anspruch auf Rückgabe der Waare darauf basirt, daß dieselbe innerhalb vier Wochen vor dem 10. Sept. in die Hände der beklagten Handlung gelangt sei, den Beweis dieses Thatumstandes zu erbringen habe.

Vgl. Pobertz w. Beskow, 22. April 1823. p. 2. (S. 1, 28. p. 102. 103.)

[13] Er hat jedoch seiner Verpflichtung durch die Behauptung genügt, die Waare sei erst am 18. August 1855 in Lübeck auf der Eisenbahn angekommen und an diesem oder den folgenden Tagen der beklagten Handlung abgeliefert, indem diese Behauptung von dem Beklagten zugestanden und mithin erwiesen ist. Da nun dieser Zeitpunkt in den Zeitraum von vier Wochen vor dem 10. Sept. 1855 fällt, so ist damit der dem Kläger für seine Rückforderung obliegende Beweis bis dahin erbracht, daß der Beklagte einen früheren Zeitpunkt angeben würde, an welchem die Waare seinem Bevollmächtigten bereits überliefert worden sei, und sich herausstellte, daß dieser letzte Zeitpunkt vor den gedachten Zeitraum von vier Wochen falle. An einer derartigen Angabe [14] hat es der Beklagte jedoch selbst noch in j. I. fehlen lassen, und sein Einwand war mithin als unsubstantiirt zu verwerfen. Ueberdies aber ergiebt sich auch aus dem von dem Kläger in j. I. beigebrachten, alle Zeiche nder Aechtheit an sich tragenden Briefe von Crato u. Co. in Lüneburg v. 16. August 1855, daß die beklagte Handlung am Tage zuvor den klägerischen Frachtbrief v. 8. an Crato u. Co. eingesandt hat, um darauf die in Rede stehende Waare zu empfangen. Sollte dieses Schreiben von dem Beklagten annoch anerkannt werden, so würde auch formell feststehen, daß die Waare erst am 15. Aug., mithin innerhalb der vierwöchigen Frist, von dem Vertreter der beklagtischen Handlung entgegengenommen sei....

---

## 396. Grampp w. Lüb.=Büch. Eis.=Ges., 29. April 1858. G188S.

1) Gegen Bescheide, durch welche die Instruction eines eventuellen Zeugenbeweises angeordnet wird, ist der § 9. unt. 1. d. V. v. 5 Juli 1820.[1]) ungeachtet Appellation zulässig, wenn jene Anordnung auf gänzlicher oder theilweiser Verwerfung eines principaliter angetretenen Urkundenbeweises beruht.

2) In zweiter J. nicht erhobene und bei abermaliger Berufung erst in dritter aufgestellte Beschwerden sind formell unstatthaft. p. 29.

3) S. Nr. 374, 5. — p. 31.

[5] Das formelle Decisum des in v. J. bestätigten NGB. v. 14. Juni 1856 ist zwar rein formeller Natur, insofern bloß die Instruction des eventuell vom Beklagten angetretenen Zeugenbeweises verfügt ist. Allein der Grund, weshalb es dazu noch kommen soll, ist doch lediglich der, daß die vorderen Gerichte den principalen Urkunden=Beweis für verfehlt, bzw. für unzureichend erklärt haben, und diese in das Materielle der Sache eingreifende Entscheidung bildet, wie das eigentliche Element jener proceßleitenden Decretur, welche lediglich als Selbstfolge solcher Auffassung sich ergab, so auch den alleinigen Gegenstand der beklagtischen Beschwerdeführung, [6] welche nicht dawider gerichtet ist, daß der angetretene Zeugenbeweis „Zulassung" gefunden habe, wovon allein der §. 9 d. V. v. 5. Juli 1820 redet, sondern dagegen, daß dessen Aufnahme überhaupt noch für nöthig und dienlich erachtet worden sei. — Kann nun derjenigen Partei, welche die Beweispflicht trifft, in dem Falle unmöglich Appellation versagt werden, daß die Wahrheit ihres Vorbringens bereits aus den Acten sich ergäbe, und doch noch ein Beweis=Interlocut ergangen wäre, so darf doch auch dem Producenten, welcher den ihm obliegenden Beweis mittelst eventueller Combination verschiedener Beweismittel erbringen zu können glaubt und angetreten hat, die Beschreitung der höheren J. in dem

---

[1]) S. j. CPO. §. 108 Nr. 2.

Falle nicht versagt werden, wenn eine weitläufige und kostspielige [7] Beweisaufnahme verfügt würde, ungeachtet durch einen Theil der nur vorsorglich cumulirten Beweismittel, und zwar gerade durch die principaliter in Vorschlag gebrachten, das streitige Sachverhältniß bereits in Liquidität gesetzt wäre. Daß das v. U., abweichend von dem RGB., worin die aus den beigebrachten Documenten vom Beklagten versuchte Schlußfolgerung nicht für beweistüchtig, und damit das Ergebniß des angeordneten Zeugenbeweises für allein entscheidend erklärt worden, seinerseits anerkannt hat, es werde nach Führung des letzteren bei Prüfung des gesammten Beweisresultats auch der dabei als „schon zum Theil geführt" bezeichnete Urkundenbeweis mit in Betracht zu ziehen sein, kann keineswegs, wie Appellatin [8] meint, der Zulassung des ergriffenen Rechtsmittels entgegen stehen. Denn wenn auch dem Beklagten direct noch nichts abgesprochen ist, und namentlich die Aussicht bleibt, zu dem eventuell schon jetzt verlangten Erfüllungseid gelassen zu werden, so würde doch in dem Falle, wenn das v. U. der Rechtskraft überlassen bliebe, selbst bei völliger Resultatlosigkeit der angeordneten Zeugenvernehmung, nach dem Ausspruche des OG., es ergebe sich für die Behauptung Beklagtens zwar eine „nicht geringe", aber immer doch nur eine „Wahrscheinlichkeit" aus den Urkuuden, jedenfalls so viel feststehen, daß auf Grund des Urkundenbeweises für sich allein und ohne vorgängige Eidesleistung Beklagter nicht obtiniren könne. Außerdem bliebe aber auch dahin [9] gestellt, ob der dann erkennende Richter jene Wahrscheinlichkeit für ausreichend erachten würde, um den Beklagten zur „Ergänzung und Vervollständigung" des urkundlichen Beweises, d. h. zu dem eventuell schon jetzt verlangten Erfüllungseid zu lassen.

---

## 397. Mann Bekl. w. Bleidorn i. F. Saling u. Co., 11. Mai 1858. M315V.

1) Aus dem Schweigen kann nur da ein Verzicht geschlossen werden, wo die Verpflichtung zum Reden vorhanden war. Wer bereits sich aus-

gesprochen, ist nicht verpflichtet, dies von Neuem zu thun.

2) Der Einkaufscommissionär, dessen Committent es an Verfügung über die Waare und zeitiger Deckung wegen verlegten Kaufpreises fehlen ließ, ist unter Umständen[1]) befugt, nach vorgängiger Anzeige bei dem Committenten, die Waare durch einen Mäkler in öffentlicher Auction verkaufen zu lassen.

3) Ziehen von Wechseln für den Kaufpreis einer Waare auf den Schuldner und Annahme der Wechsel durch den Schuldner, enthält eine diesem ertheilte Creditbewilligung.

4) Wird ein Schuldner welchem der Kaufpreis einer Waare creditirt ist, zahlungsunfähig, so darf der Gläubiger beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen zur Verkaufsselbsthülfe schreiten: besonders dann, wenn nur wegen eines Theils der Forderung Credit gegeben ist.

Der Bekl. hat mit [2] Recht mittelst seiner ersten Beschwerde gegenw. I. die Herstellung des RGU. verlangt. Zwar konnte demselben

A. darin nicht beigepflichtet werden, wenn er der Ansicht ist, daß der Kläger auf die Geltendmachung seiner Einwendungen gegen den am 13. Januar 1855 stattgehabten Theerverkauf verzichtet habe. Der Bekl. hat nämlich den Umstand, daß Kläger, als ihm am 20. Januar die Abrechnung über den am 13. stattgehabten Verkauf mitgetheilt war, am 24. d. nur erwidert habe, „sie müßten sich in Betreff der Abrechnungen die monita vorbehalten, und dürften solche nicht gutheißen," sowie den, daß Kläger die Anzeige vom 6., der Verkauf des Theers werde bei nicht erfolgender Deckung am 13. vor sich gehen, [3] unbeantwortet gelassen habe, als Genehmigung der Versteigerung selbst aufzufassen zu dürfen geglaubt, weil Kläger zu solcher sowohl damals als auch später, wo er sie zu mißbilligen im Stande gewesen sei, ge-

[1]) S. jetzt DHGB. Art. 374. 375 u. 310.

schwiegen habe. Allein das Schweigen enthält nur dann eine Genehmigung, wenn man verpflichtet war zu reden; eine Verbindlichkeit hierzu ist aber nicht vorhanden, wenn man bereits gesprochen hat. Dieses ist in dem vorliegenden Fall geschehen, indem Kläger auf das Verlangen des Bekl. vom 27. Dec., Deckung zu erhalten bei Vermeidung des Verkaufs, am 28. die Verfügung binnen Kurzem versprach, mit dem Ersuchen, bis dahin jede eigenmächtige Disposition über den Theer zu unterlassen. In dieser höflichen Form ist eine Verwahrung gegen den [4] Verkauf ausgesprochen, und einer zweiten bei ferneren Mittheilungen des Bekl. bedurfte es nicht. Dagegen mußte

B. der Bekl. in dem vorliegenden Fall allerdings für befugt erachtet werden, den Theer, dessen Einkauf ihm committirt war, wie geschehen in Auction zu verkaufen, und deren Resultat dem Kläger in Rechnung zu stellen. Anlangend nämlich:

I. die Rechtsfrage, ob im Handelsverkehr ein Einkaufs-Commissionär unter Umständen die Befugniß habe, die für den Committenten eingekaufte Waare in dem Fall, wo dieser, obwohl dazu verpflichtet, es unterlassen hat, über dieselbe zu verfügen und den Commissionär für den von ihm verlegten Kaufpreis rechtzeitig mit Deckung zu versehen, nach vorgängiger Anzeige bei dem [5] Committenten, durch einen Mäkler in Auction öffentlich verkaufen zu lassen, so hat das OAG. dieselbe von jeher bejaht,

F. Eyssen u. Zahn w. Barlow. Octb. 26.

B. Fleßner w. Adami. Sept. 45.

und war durch die in den Gründen zum v. U. (J. F. Heidelberg) enthaltenen Ausführungen bei nochmaliger Prüfung der Frage um so weniger veranlaßt, von dem Resultat seiner früheren Auffassung abzuweichen, als in neuester Zeit die Praxis anderer mit der Entscheidung von Handelssachen betrauter Gerichte, z. B. des OAG. zu Rostock in Entscheidungen vom 3. Juni 1851 und 6. Febr. 1854,

Samml. von Entscheidungen in Rostocker Rechtsfällen. 1. Forts. 1853. S. 95 ff. 2. Forts. [6] 1856. S. 39.

und des HG. zu Bremen in einer Entscheidung vom 23. Mai 1853

Schletter, Jahrb. der deutsch. RW. Bd. 2. S. 328. Nr. 14.

sich in demselben Sinn ausgesprochen hat.

Es fragt sich daher nur

II. ob in concreto die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen jene Befugniß zum Weiterverkauf Anerkennung finden darf. Es handelt sich hier um eine den Fluctuationen des Courses ausgesetzte Kaufmannswaare, für welche der Rembours des Preises von dem Committenten unter Verkaufsandrohung wiederholt verlangt ward — ein Verlangen, welches von diesem einmal ausweichend und das andere Mal gar nicht beantwortet worden ist. Der Commissionär hatte den Kaufpreis ausgelegt, [7] und früher ausdrücklich bemerkt, daß er in die Lage kommen könne, von seinem Gelde im eigenen Geschäfte baldigst Gebrauch zu machen: der Committent endlich befand sich zu der Zeit, als seine Verfügungen ausblieben, in dem Zustand materieller Zahlungsunfähigkeit. Hierin liegen alle Erfordernisse, um zu dem Verkauf der Waare zu schreiten, sobald ein Verzug des Klägers zu der Zeit, als er von dem Bekl. zur Deckung aufgefordert wurde, erwiesen vorliegt. Die Gründe zu beiden vorigen U. haben dieses mit Recht angenommen. Denn

1) Die ursprüngliche Verabredung unter den Contrahenten ging unbestritten dahin, daß beide Parteien Theer bis ult. Octbr. 1854 auf Gefahr des Committenten frei auf [8] hiesigem Theerhof lagern sollten, die Tonnen alsdann bei der Abnahme gefüllt zu liefern, und daß der Facturapreis der ersten Partie am 14. Novbr., der der zweiten aber contant von dem Committenten zu bezahlen sei. An diesem ursprünglichen Vertragsverhältniß ist aber auf eine juristisch bindende Weise durch die späteren Verhandlungen und Vorgänge unter den Parteien nichts geändert worden. [Ausführung, daß solches durch die Sept.- und Nov.-Corresp. nicht geschehen sei, 8—16, zu deren Schluß bemerkt wird:] Wer nämlich einmal klar seine Meinung ausgesprochen hat, und das war von dem Bekl. geschehen, ist überall nicht gehalten, wenn der

Gegner immer von Neuem mit anderen Ansichten und Verlangen hervortritt, [17] dem Letzteren wiederholt zu widersprechen. Er hat das Seinige bereits gethan, und Niemand hat ein Recht auf wiederholte Belehrung. — Hiernach fragt es sich nur noch, ob das ursprüngliche Verhältniß der Parteien in Betreff der Remboursirung des Kaufpreises,

2) dadurch eine Veränderung erlitten hat, daß Bekl. am 14. Dec. 1854, 2 Monat dato auf Kläger BM. 8000 entnahm, und diese von dem Kläger acceptirt sind. Auszugehen war hier von der Rechtsansicht, daß in dem Trassiren eines Wechsels und dessen Acceptation der Regel nach ein Creditiren der gezogenen Summe bis zum Verfalltage der Wechsel enthalten sei.

Pobertz w. Beskow, [18] 22. April 1823. Nr. 1. (S. 1, 28. p. 95—99.)

Von dieser Regel konnte auch in dem vorliegenden Fall weder um deswillen eine Ausnahme statuirt werden, weil Bekl. am 14. Dec. dem Kläger geschrieben hat, er werde denselben für jene Tratten mit BM. 9860 „erkennen" noch deshalb, weil der Kläger in seinem Schreiben vom 27. Sept. und vom 25. Nov. dem Beklagten wiederholt ausgesprochen hat, „es solle ihm (aus dem Wechselziehen) kein neues Engagement entstehen." Die letzten Worte beziehen sich nur auf den Fall der vom Kläger angebotenen langen Ziehung und die Abnahme des Theers während des Laufes gedachter Tratten, wie sich aus dem Zusammenhange der betreffenden Briefe ergiebt. Die Erklärung des Beklagten aber, „er werde den Kläger erkennen, womit er, [19] seiner Angabe nach, die Eigenschaft der Tratten als einstweiliges Auskunftsmittel, um sich bei der Discontocasse Geld auf solche zu verschaffen, ohne seinem Gegner um deswillen zu creditiren, habe andeuten wollen, waren keinenfalls so bestimmt, daß sich daraus die Ansicht des Beklagten mit Klarheit ergeben hätte. Es mußte demnach angenommen werden, daß Beklagter dem Kläger die Summe von BM. 8000 bis zum 14. Febr. creditirt habe. Allein diese Creditirung geschah selbstverständig unter der Voraussetzung, daß die Vermögens-

verhältnisse des Klägers sich nicht änderten. War dies der Fall, und Beklagter demnach, wie er behauptet, genöthigt, die Wechsel von der Discontocasse einzulösen, so hatte er, da solche schwerlich bei dem notorischen Vermögenszustande des Klägers zu begeben [20] waren, ohne weitere, von diesem zu offerirende desfallsige Garantie für den betreffenden Belauf keine Deckung. Wollte man aber selbst den gegebenen Credit trotz der eingetretenen Insolvenz als fortdauernd betrachten, ... so würde daraus doch nicht ein Creditiren des ganzen Betrags beider Facturen von über CtM. 28,000, sondern nur folgen, daß der Beklagte theilweise gedeckt gewesen sei und mithin nicht die Befugniß gehabt habe, das ganze Quantum des von dem Kläger [21] committirten Theers zu verkaufen, keineswegs aber, daß er sich des Theerverkaufs auch für den Betrag zu enthalten gehabt hätte, in Bezug auf welchen er nicht gedeckt war. Er mußte jedoch jedenfalls für völlig verkaufsberechtigt erachtet werden, da der Kläger einen höheren Betrag der Deckung als den angegebenen zeitig nicht geltend gemacht hat, und da bei der schwankenden Conjunctur der Theerpreise es dem Beklagten nicht zugemuthet werden konnte, den Verkauf noch weiter auszusetzen und so Gefahr zu laufen, einen Theil des von ihm verlegten Kaufpreises einzubüßen, eine Auffassung, die auch in dem Ergebniß des Verkaufs, in Vergleich mit dem Betrag der Facturen und der Höhe der angeblich vorhandenen Deckung, ihre Bestätigung findet.

---

## 398. Lüdemann, Jüchter u. Co. w. Güterpfleger von Green u. Co., 31. Mai 1858. L214V.

Einfache Beschwerden über ein OG. wegen Justizverzögerung sind unbegründet, wenn diese einem Spruchcollegium zur Last fällt, welches nicht durch das OAG., sondern schließlich durch einen Antrag des OG. bei dem, dem Spruchcollegium vorgesetzten Ministerium zur Pflichterfüllung angehalten werden muß.

Das an sich zur Beseitigung von [2] Justizverzögerungen zulässige Rechtsmittel der einfachen Beschwerde war

in dem vorliegenden Fall zu verwerfen. Insofern dasselbe nämlich:

A) gegen das OG. der fr. HSt. L. gerichtet ist, mußte das Rechtsmittel

a) für formell unstatthaft erachtet werden. Ganz abgesehen nämlich von der mit den Bestimmungen des §. 178 der OAGO. überall nicht zu vereinigenden Bitte ist auch die Vorschrift des §. 43 derselben nicht berücksichtigt worden, indem der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen hat, daß er auf Abstellung der Beschwerde beim OG. angetragen habe. Jedenfalls aber mußte die Beschwerde

b) wegen materiellen Ungrundes verworfen werden, da [3] aus den beigebrachten Decreten des OG. vom 15. Octbr. v. und 11. Febr. d. J. sich ergiebt, daß dasselbe den Beförderungsgesuchen der Querulanten prompt entsprochen hat, dem OG. also eine Justizverzögerung überall nicht beigemessen werden kann. — Insofern aber die Beschwerde

B) gegen das Spruchcollegium gerichtet sein soll, welches mit dem OG., ungeachtet dieses verpflichtet ist, das eingeholte U. als das seinige zu verkünden, in Fragen der vorliegenden Art nicht identificirt werden darf, so ist dieselbe

a) um deswillen unstatthaft, weil das OAG. überall nicht die Behörde ist, welche einem Spruchcollegium [4] wegen Justizverzögerung Weisungen zu ertheilen hat, als solche vielmehr nur das dem betreffenden Spruchcollegium vorgesetzte Ministerium betrachtet werden kann, bei welchem die betreffende Weisung mittelst eines Antrags an das OG., als die versendende Behörde, zu erwirken ist. Die Beschwerde ist aber auch

b) nicht begründet, weil es nach dem Vortrag der Querulanten bis dahin an deren an das OG. zu richtendem Antrage fehlt, das betreffende Spruchcollegium, bei Vermeidung einer Beschwerdeführung höheren Ortes, zur ungesäumten Rücksendung der Acten sammt Erkenntniß zu ersuchen.

Bei dem gänzlichen Ungrunde der Beschwerde fallen [5] den Querulanten, welche ihren Bevollmächtigten nach dessen Angabe zur Erhebung dieser Beschwerde bestimmt beauftragt haben, deren Kosten zur Last.

---

## 399. Walte w. Fritz, 31. Mai 1858. W255V.

1) S. Nr. 360, 3.

2) Der stille Associé einer Handlung, zu welcher ein erkauftes Haus gehört, ist in einem Rechtstreit in Bezug auf diesen Kauf gemeinrechtlich wie nach Stat. 5, 7. Art. 15. ein unzulässiger Zeuge.

3) Der Rechtssatz, unfähige Zeugen seien zum Zeugniß zuzulassen, wenn man der Natur der Sache nach keine anderen Zeugen haben könne, gilt nur in den von dem Gesetz speciell namhaft gemachten Fällen, und bei Unfähigkeit wegen eigenen Interesses überall nicht.

4) Beurtheilung einer Beweisführung in einem Fall, wo der Käufer eines Hauses den Verkäufer veranlaßt hatte, dasselbe einem Dritten zu höherem Preise abermals zu verkaufen und den Unterschied des Preises dem ersten Käufer auszuzahlen.

Für die Beurtheilung der Frage, ob Kläger, wie er mittelst seiner einzigen Beschwerde [2] verlangt, zum Erfüllungseid über den Beweissatz zuzulassen sei, kommt es zunächst darauf an, ob die Aussage von Klevenhusen rechtlich in Betracht gezogen werden darf. Nun ist derselbe zwar:

a) deshalb, weil Kläger der Ehemann seiner Schwester ist, nach Stat. 5, 7. Art. 20. im Beihalt der Entscheidung des OAG.

Rath Ehefrau u. Gen. w. Höppner, 8. Mai 1856. (Nr. 360.)

abgesehen von dem in dem Artikel erwähnten Ausnahmsfall, kein unzulässiger, sondern nur ein verdächtiger Zeuge. Derselbe ist jedoch daneben

b) nicht bloß Procurist für H. Walte u. Co., sondern zugleich stiller Associé dieser Handlung, und wenn gleich [3] Heinrich Walte Käufer des Hänel'schen Hauses und dieses auf dessen Namen geschrieben ist, so gehört dasselbe doch, wie Zeuge selbst zugiebt, zur Handlung und ist Zeuge bei

dem vorliegenden Processe betheiligt. — Nun will zwar der Kläger die vorliegende Betheiligung

1) schon um deswillen unberücksichtigt wissen, weil Zeuge nicht Proceßpartei sei, und nach einer Entscheidung des OAG.

B. Tischleramt w. Dorsch, 16. Febr. 1824. (S. 5, 321.)

nur auf diese das Verbot, Zeugniß abzulegen, sich beziehen lasse. Allein die hier gegebene Erklärung des gemeinen Rechts ist zu beschränkt, und das decisum in jener Sache geht nur [4] dahin: Spiegelfabrikanten sind nicht unzulässige Zeugen, um darzuthun, dem Tischleramt stehe nicht das ausschließliche Recht zu, Spiegelrahmen zu verfertigen. Jedenfalls aber muß Stat. 5, 7. Art. 15. in einem weiteren Sinne verstanden werden, wie schon aus seiner Quelle Cod. III. Art. 441 (Hach S. 511.) zu ersehen, dessen Schlußworte unsern Fall treffen; womit

Mevius, C. ad h. art. nr. 7. „socii consortes“

übereinstimmt. Der Kläger behauptet aber überdies

2) es fehle hier an dem unmittelbaren Interesse des Zeugen, da das Haus dem Kläger gehöre, und der Handlung nur ein Forderungsrecht an solchen für den Ankauf des Hauses zustehe. Allein selbst bei dieser mit den Angaben des Zeugen nicht ganz harmonirenden [5] Auffassung ist doch, da der Betrag der Forderung nicht genannt und mithin anzunehmen, daß die Höhe des Kaufpreises deren Betrag bilde, so viel klar, daß die Unkosten der Handlung je nach dem Ausfall des gegenwärtigen Rechtsstreits höher oder niedriger sich stellen werden, und hiervon dem Zeugen sein Antheil zu Gute kommt, dessen Höhe, beim Abgang jeder näheren Angabe über den Umfang der Betheiligung Klevenhusen's an Walte's Handlung, dem Interesse des Letzteren gleichzustellen war. Er hat hienach ein unmittelbares pecuniäres Interesse, und ist um deswillen zum Zeugniß unfähig. Auch wird seine Unfähigkeit, bzw. Verdächtigkeit

c) nicht dadurch beseitigt, daß hier ein Fall vorläge, in welchem man andere Zeugen nicht haben konnte. Denn

[6] 1) bezieht sich diese Ausnahme auf einen Fall der Unfähigkeit wegen eigenen Interesses überall nicht.

Mohrmann w. Hagen, 29. Mai 1827 (S. 1, 47. p. 143. 144).

2) Sie gilt gemeinrechtlich nur in den speciellen Fällen, welche die Quellen namhaft machen.

Jacoby u. Comp. w. Stolterfoht, 30. April 1845 (S. 2, 233 B. p. 409. 410).

F. Strauß w. Hildebrand, 11. Oct. 1855.

3) Wollte man diese generalisiren, so würde man zu dem Satz gelangen, daß unfähige Zeugen zugelassen werden, wo der Mangel an sonstigen in der Natur der Verhältnisse liegt.

Die angef. Präj. u. F. Gossi w. Mettenheimer u. Simon, 27. Jan. 1851.

Dahin gehört aber nicht, wie Kläger vermeint, ein Fall vorliegender Art, wo es auf [7] Verschwiegenheit besonders ankomme, da nicht angenommen werden konnte, der Kläger würde nicht im Stande gewesen sein, eine unverdächtige Person aufzufinden, zu deren Verschwiegenheit er volles Zutrauen zu haben berechtigt gewesen wäre; und überdies der Umstand, daß Verhandlungen im Betreff des Hauskaufs in Gegenwart des Zeugen Masch stattgefunden haben sollen, die Unrichtigkeit der klägerischen Aufstellung ausreichend bekundet. ....

[9] Demnach kam es lediglich darauf an, zu entscheiden, ob und wie weit durch die Aussagen von Hänel und Masch der dem Kläger obliegende Beweis erbracht sei. Nach den Worten des Beweis-Interlocuts hat derselbe darzuthun

a) den vom Bekl. in fremdem oder in eigenem und fremdem Namen mit Hänel abgeschlossenen Verkauf zur Summe von CrtM. 28,000.

b) die Ueberredung Hänels durch Bekl., in den mit Kl. abzuschließenden Kaufcontract die Summe von CrtM. 32,000 als Preis zu setzen.

Von diesen Copulativen ist aber die erste so wenig erbracht, daß vielmehr das Gegentheil derselben durch die Aussagen von Hänel und Masch bekundet worden ist. Denn

Hänel hat sich ganz bestimmt dahin [10] ausgesprochen, Bekl. habe nur in eigenem Namen gekauft, und erst später — ungewiß wie lange — ihn veranlaßt, mit Kl. zu 32,000 abzuschließen, und Bekl. 4,000 zukommen zu lassen. Masch aber hat durchgängig sich nur dahin ausgelassen, Bekl. habe das Haus für sich von Hänel gekauft, und sei später von dem Geschäft zurückgetreten, um zu gewinnen und die doppelte Umschreibegebühr zu ersparen.

Vergleicht man jedoch mit den Worten des Beweissatzes dessen unmittelbar vorhergehenden Grund, so wird man die erste Copulative auch dann für erbracht anzusehen haben, wenn erwiesen wäre:

1) der Auftrag des Kl. an Bekl., das fragliche Haus für jenen oder für gemeinschaftliche [11] Rechnung zu kaufen, und

2) ein nach jenem Auftrag bzw. jener Vereinbarung von Bekl. mit Hänel, wenn auch nur in eigenem Namen, abgeschlossener Kauf zum Preise von CrtM. 28,000.

Die von dem Kl. für das Vorhandensein eines solchen Auftrags hervorgehobenen Momente konnten jedoch, in so weit ihnen überall eine Bedeutung beizulegen war, nicht für so gewichtig erachtet werden, um auf Grund derselben dem Kl. einen Erfüllungseid zuzuerkennen.

Derselbe hat nämlich:

a) zunächst auszuführen gesucht, ohne die Voraussetzung eines Mandates fehle jeder natürliche Zusammenhang, wie Kl. in den Verkauf des Bekl. mit Hänel eingetreten sein solle, und wie der schriftliche Contract zwischen Kl. und [12] Hänel zu Stande gekommen sei. Denn es stehe fest, daß der Kl. das Haus von Hänel für 32,000 M. gekauft; es stehe ferner fest, daß der Bekl. schon zuvor dasselbe Haus von Hänel für 28,000 M. gekauft habe; und es müsse mithin zwischen dem Kl. und Bekl. ein Verhältniß bestanden haben oder später eingetreten sein, in Folge dessen der Kl. in den Verkauf des Bekl. succedirt habe. Diese Succession könne nur beruhen auf Schenkung, Vergleich, Kauf oder einem mandatähnlichen Verhältniß. Da nun der Bekl. verpflichtet gewesen sei, anzugeben, wie sich

die Sache anders verhalte, und da Schenkung und Vergleich von ihm eben so wenig behauptet seien, wie daß er das Haus dem Kl. verkauft habe, so bleibe nur die Annahme eines Mandats übrig. — Dagegen [13] kommt jedoch in Betracht, daß die Nothwendigkeit der Annahme einer juristischen Succession des Kl. in den Kauf des Bekl. überall nicht vorhanden ist. Der Eintritt braucht nach den Behauptungen des Bekl. nur als ein factischer aufgefaßt zu werden, dergestalt, daß Bekl., nachdem er zuerst gekauft hatte, vor dem Eigenthumserwerb von dem Kaufe zurücktrat und mittelst Einverständnisses mit Hänel den Kl. als Käufer eintreten ließ, indem er sich dabei von Hänel den Mehrbetrag des von dem Kl. gebotenen Preises ausbedang. Fehlt es aber an der Nothwendigkeit einer juristischen Succession, so ist es damit auch die Nothwendigkeit der Annahme eines Mandates beseitigt. Eben so wenig ist

b) die Aussage von Masch, daß Klevenhausen dem Bekl. [14] eine werthvolle Remuneration angeboten habe, für die Annahme eines Auftrags entscheidend. Denn ganz abgesehen von der Auffassung des Bekl., man habe ihn durch jene Offerte fangen und zum Mittelsmann machen wollen, so beweist doch jener Umstand jedenfalls nur, daß Klevenhausen bezw. der Kl. den Bekl. für ihren Mittelsmann gehalten haben, nicht aber, daß er dies wirklich gewesen sei.

c) Für den Auftrag soll ferner sprechen, daß der Bekl. den Kl. offenbar betrogen habe, und der Betrug darin liegen, daß er dem Kl. gesagt, er habe zu 32,000 M. gekauft, und den Hänel veranlaßt habe, dieses aufrecht zu erhalten. Sei Bekl. Verkäufer gewesen, so habe er durchaus keine Veranlassung gehabt, seinen Gewinn von CtM. 4000 [15] bis auf das Aeußerste zu verheimlichen, wenn er nicht die Verpflichtung gehabt hätte, dem Kl. gegenüber keinen Gewinn zu machen. Nun läßt sich zwar nicht verkennen, daß die mittelst einer Vergleichung mit dem verheimlichten Einkaufspreise von Waaren von dem Bekl. versuchte Erklärung der Verheimlichung nicht zutreffend ist, indem in dem vorliegenden Falle nicht bloß der Preis,

sondern der Umstand verheimlicht ward, daß der Bekl. Käufer des Hauses im eigenen Namen geworden sei. Auch vermögen die sonstigen Erklärungsversuche des Bekl., welche aus dem Bestreben, nicht interessirt zu scheinen, einer gewissen Eitelkeit und dem Wunsche, die kaufmännische Verbindung mit dem Kl. zu erhalten, entnommen sind, den aus dem Verschweigen [16] hervorgehenden Verdacht nicht zu beseitigen. Allein von juristischer Bedeutung ist diese Täuschung für sich allein nicht, wie bereits in dem vorletzten Grunde zum Beweisinterlocut anerkannt worden ist; und als Vermuthungsgrund für den Auftrag hat diese Täuschung nicht die Stärke, um für sich allein einen Erfüllungseid zu rechtfertigen. Er erhält dieselbe auch schließlich

d) nicht dadurch, daß der eigene Kauf des Bekl. von Hänel und die Veranlassung des letzteren den Kl. zu erhöhtem Preise als Käufer anzunehmen, unmittelbar aufeinander gefolgt sind. Denn wenn dieser Umstand gleich eine wichtige Anzeige dafür wäre, daß der Bekl. schon vor seinem Kauf von Hänel einen Auftrag von dem Kl. gehabt haben müsse, so läßt sich doch hierüber bei der Unbestimmtheit der Aussage [17] Hänel's über den zwischen beide Momente fallenden Zeitraum kaum etwas mit Sicherheit entnehmen.

Diesem Allen zufolge würde sich zwar die Zuerkennung eines Reinigungseides an den Bekl. rechtfertigen lassen. Da aber der Kl. einen speciellen, hierauf gerichteten Antrag nicht gestellt hat, und es, abgesehen von den Folgen der stattgehabten Eidesleistung, im Wesentlichen auf dasselbe hinausläuft, ob Bekl. einen Eid als zugeschobenen oder als Reinigungseid ableistet, so müßte es bei dem Inhalt der v. U. belassen... werden.

---

## 400. Lüders w. v. d. Ahé, 29. Juni 1858. L216R.

1) u. 2) S. Nr. 389. 1. 2. p. 5–7.

3) Thatsachen, welche von einer Partei nicht behauptet sind, oder deren Gegentheil bereits

durch Zugeständniß des Beweisführers erwiesen ist, dürfen diesem nicht zum Beweis verstellt werden. p. 8—9.

4) S. Nr. 396. 2. p. 9—10.

5) Die Erklärung über neues Vorbringen kann von dem OAG. dem Gegner bei Strafe des Eingeständnisses aufgegeben, und dieses Präjudiz sodann vollstreckt werden. p. 10.

---

## 401. Möller w. Collmann, 30. Sept. 1858. M317W.

1) Nicht sämmtliche Pflichten eines Vormundes dürfen ohne Weiteres auf Güterpfleger im Concurs analog angewendet werden. Insonderheit ist der Güterpfleger nicht zu **jähriger** Rechnung verpflichtet, falls nicht das Concursgericht es für nöthig erachtet, dieselbe besonders anzuordnen. p. 1—46.

2) Der Güterpfleger ist nach lübischem Recht nicht verbunden, Concursgelder zinsbar anzulegen. [1])

... Der Beklagte hat sich darüber beschwert, daß er verurtheilt worden sei, aus einem Capital die vom 1. Januar 1847 bis 30. März 1853 entbehrten Zinsen (nach vorgängigem Beweis des Klägers über den Zinsfuß) an die Concursmasse zu vergüten, er wollte denn beweisen, daß es an jeder Gelegenheit zur Belegung an sicheren und geeigneten Orten gefehlt habe; und daß nicht vielmehr das den Kläger mit seinen Zinsenansprüchen abweisende [48] StGErk. rein bestätigt worden sei. — Diese Beschwerde mußte als begründet erkannt werden.

1) Das v. Erk. hat die Verurtheilung des Beklagten darauf gestützt, daß die Pflichten des Concurscurators analog nach denen der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung zu beurtheilen seien, derselbe sich daher gleich Vormündern

---

[1]) S. jetzt Conc.-O. §. 80.

verantwortlich mache, wenn er disponible Baarschaften ungeachtet vorhandener Gelegenheit zu sicherer Ausleihung unverzinst liegen lasse. Diesem Grunde konnte jedoch nicht beigepflichtet werden, da das Verhältniß des Concurscurators mit dem eines Vormundes nicht völlig übereinstimmt, und es daher bedenklich erscheint, vermöge der bemerkten [49] Analogie alle einzelnen vormundschaftlichen Pflichten ohne Weiteres auf den Concurscurator zu übertragen, wie denn auch sowohl gemeinrechtlich als particularrechtlich mehrfach eine Verschiedenheit in dieser Beziehung nachweislich ist. Es bedarf vielmehr erst der besondern Untersuchung, ob ein Concurscurator bei Vermeidung eigener Haftung verbunden sei, für verzinsliche Belegung der Concursgelder Sorge zu tragen.

2) Nach den Bestimmungen des r. R. muß eine solche Verbindlichkeit in Abrede gestellt werden, da das Amt des Güterpflegers nur in Aufbewahrung und Veräußerung der Masse-Gegenstände bestand, und ihm dabei nur Haftung für Arglist oblag

l. 48 D. de administr. tut. 26, 7.

[50] l. 9 §. 5 D. de rebus auct. jud. poss. 42, 5.

Eine verzinsliche Anlegung der Concursgelder scheint, selbst im neuesten römischen Recht, überhaupt noch gar nicht üblich gewesen zu sein.

vgl. l. 10. §. 1. C. de bonis auct. jud. poss. 7, 72.

Auch in Deutschland wurde in früherer Zeit die römischrechtlich Auffassung des Güterpflegers ziemlich festgehalten, und an eine ihm obliegende Pflicht zur Nutzbarmachung der Concursgelder nicht gedacht; obwohl man die Räthlichkeit einer verzinslichen Anlegung nicht mehr übersah, so überließ man doch den Beschluß darüber lediglich den Gläubibigern und dem Gericht, und berührte hinsichtlich des Güterpflegers nur die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Baarschaften seiner [51] Privat-Aufbewahrung überlassen werden könnten.

Mevius, Dec. 2, 170 (vgl. mit Comm. ad jus Lubec. 3, 1. art. 10. nr. 47).

Ludovici, Concurs-Proc. c. 4, §. 7.

Erst in neuerer Zeit, etwa seit der Mitte des vorigen Jahr-

hunderts, hat sich die gemeinrechtliche Doctrin mehr und mehr dahin geneigt, auf den Güterpfleger die Analogie des vormundschaftlichen Amtes anzuwenden, und wird in Folge dessen die Ansicht, daß der Güterpfleger geeigneten Falles für die verzinsliche Ausleihung der Concursgelder zu sorgen habe, von der Mehrzahl der neueren Schriftsteller, zum Theil unter Belegen ihrer praktischen Anwendung, vertreten. Außer den schon in dem v. (aus Tübingen eingeholten) U. Genannten

Martin, Bürg. Proc. §. 330.
Linde, Civilproceß. §. 443.
Schweppe, Conc.-Pr. §. 125. 142.
Bayer, Theorie d. Conc.-Proc. §. 1.

sind hauptsächlich [52] dafür anzuführen:

Claproth, Summar. Proc. §. 308, 326.
Danz, Summar. Proc. §. 175.
v. Bülow u. Hagemann, Prakt. Erörter. I. Nr. 67.

Es bedarf indessen hier nicht der näheren Untersuchung, ob diese Ansicht zu einem verbindenden Rechtssatz des gemeinen Rechtes geworden sei, da dieselbe jedenfalls im Lübeckischen Particularrecht keinen Eingang gefunden hat, hier vielmehr in Uebereinstimmung mit mehreren anderen Particularrechten die ältere Auffassung von der Unterbringung der Concursgelder beibehalten worden ist. Die RGO. v. 1642 Art. 8 [53] macht den Güterpflegern zur Pflicht, „die Gelder zu Jedermanns Recht an sicherem Ort mit gemeiner Beliebniß zu belegen." Nach dem Sprachgebrauche jener Zeit kann hierunter nicht etwa eine verzinsliche Ausleihung, sondern nur ein Deponiren der Gelder verstanden werden, worauf auch der Zusatz „zu Jedermanns Recht" hindeutet, indem der Gedanke unverkennbar der war: die Gelder sollen an einem von den Gläubigern beliebten Ort aufbewahrt werden, um zur Befriedigung derselben nach Maaßgabe des einem Jeden zukommenden Rechtes bereit zu liegen; eine Annahme, welche durch die in den damaligen Verordnungen vorausgesetzte kurze Dauer der Concurse nur bestätigt wird. — Der Gem. Besch. v. 22. April 1653 will den Mißbrauch beseitigt wissen, daß die Curatoren [54] die einkommenden

Gelder in Händen behielten, und verordnet deshalb sehr bebestimmt, daß sie die Gelder stets sofort „zu Jedermanns Recht und der Creditoren Bestes" an das Gericht einliefern sollen. — Uebereinstimmend im Uebrigen, nur ohne gerade gerichtliche Deposition zu verlangen, erklärt die V. v. 19. Febr. 1668: die Curatoren sollen die Gelder „zu der sämmtlichen Creditoren Besten aufheben und an einem sicheren Orte deponiren." — Von Neuem gegen den Mißbrauch der Privat-Aufbewahrung gerichtet, bestimmt der Gem. Besch. v. 14. Febr. 1691, daß alle Concursgelder nach dem Gerichte sollen geliefert und daselbst verwahrlich zu Jedermanns Recht beibehalten werden, bis die Prioritäts-Urtel publicirt sei.

[55] Alle diese, dem 17. Jahrhundert angehörigen Verordnungen stimmen darin überein, daß sie dem Güterpfleger zur Pflicht machen, die Concursgelder durch sichere Deposition zur Befriedigung der Gläubiger bereit zu halten, und an der NGO. v. 1642 ist durch die Gem. Bescheide v. 1653 und 1691 nur so viel abgeändert, daß die Deposition nicht mehr an einem von den Gläubigern zu bestimmenden Ort, sondern jedesmal bei Gericht geschehen soll. Es ist aber wohl zu beachten, daß dem Güterpfleger in sämmtlichen Verordnungen auch nur die Deposition zur Pflicht gemacht wird, während die verzinsliche Ausleihung weder erwähnt, noch, wie der beigefügte Zweck der Deposition und die im Gem. Bescheid v. 1691 bemerkte Dauer derselben [56] ergiebt, überhaupt in den Kreis der Betrachtung gezogen worden ist. Selbstverständlich konnte damit, eben weil die Deposition nur zum Besten der Gläubiger geschieht, das Gericht nicht gehindert sein, in einem einzelnen Falle dem Antrag der Gläubiger auf Zinsbarmachung der deponirten Gelder zu entsprechen. Allein, wäre für den Güterpfleger in der letzteren Beziehung irgend eine Pflicht zur Vorsorge oder Anregung vorausgesetzt worden, so hätte bei seiner Thätigkeit nicht so unbedingt von der Deposition allein die Rede sein können; augenscheinlich wurde vielmehr davon ausgegangen, daß der Güterpfleger mit der Deposition Allem genügt habe, was ihm hinsichtlich der erhobenen Concurs-

gelder bis zu deren Vertheilung an die Gläubiger obliege, eine [57] Auffassung, deren Richtigkeit um so weniger Zweifel leidet, als zur Zeit der fraglichen Verordnungen auch die gemeinrechtliche Doctrin, wie gezeigt, eine Pflicht des Güterpflegers, die Concursgelder nutzbar zu machen, gar nicht kannte, die Sorge dafür vielmehr den Gläubigern überließ. Hierdurch widerlegt sich die Ansicht des v. U., daß die angeführten Verordnungen für die vorliegende Frage deshalb ohne Bedeutung seien, weil sie nur den Mißbrauch der Privataufbewahrung beseitigen sollten, nicht aber ein nutzloses Liegenlassen der Concursgelder vorgeschrieben hätten.

Nun unterliegt es aber ferner keinem Zweifel, daß der dargestellte Inhalt des lübeckischen Rechts [58] unverändert beibehalten worden ist, auch nachdem es in der gemeinrechtlichen Doctrin zur herrschenden Ansicht geworden war, daß der Güterpfleger zur verzinslichen Ausleihung der Concursgelder verpflichtet sei. Abgesehen von einem Senats-Decr. v. 28. April 1730, welches (abweichend von dem bei

Dreyer, Einleitung 2c., S. 485, Nr. XLIII.

irrthümlich angegebenen Inhalt) einfach die Pflicht zur gerichtlichen Deposition der Concursgelder einschärft, ist hierfür der Gem. Besch. v. 20. Febr. 1822 ganz entscheidend, indem derselbe unter Nr. 1 ausdrücklich vorschreibt, daß die Concursgelder an das Gericht geliefert und daselbst „bis zur Vertheilung an die Gläubiger verwahrlich beibehalten werden, [59] sollen. Der Sache nach stimmt dies mit dem Ergebniß der obigen Verordnungen aus dem 17. Jahrhundert völlig überein, und es tritt nur die Folgerung, daß der Güterpfleger für die Nutzbarmachung der einmal deponirten Gelder nicht zu sorgen habe, hier um so deutlicher hervor, als der Gem. Besch. sich gerade ex professo mit dem beschäftigt, was dem Güterpfleger hinsichtlich der erhobenen Gelder bis zu deren endlicher Vertheilung an die Gläubiger obliege. Der Gem. Besch. faßt aber auch selbst die deshalb bemerklich gemachten Bestimmungen nur als Erneuerung und Bestätigung der obigen älteren Verordnungen auf, wie aus der speciellen Rückbeziehung auf dieselben im Eingange hervorgeht, und giebt deshalb ein klares [60] Zeugniß dafür, daß

der Inhalt der älteren Verordnungen als noch unverändert fortbestehendes Recht betrachtet werde.

Eine Unterstützung hierfür bietet denn auch das vom Beklagten in jetziger I. beigebrachte Attest des Stadtgerichts-Actuars Dr. Böse dar, wonach während der Amtsführung desselben, seit 1829 bis zum Jahre 1856, abgesehen von der gegenwärtigen Concurssache, kein Fall vorgekommen sein soll, in welchem eine zinsbare Belegung von Concursgeldern actenkundig geworden oder vom StG. das Verlangen einer solchen Belegung an Concurscuratoren gestellt worden wäre. Was der Kläger gegen die Glaubwürdigkeit dieses Attestes bemerkt, ist augenscheinlich unbegründet, und was er gegen die Erheblichkeit desselben einwendet, [61] kommt deshalb nicht in Betracht, weil der vorstehenden Ausführung gemäß der Nachweis eines derogatorischen Gerichtsgebrauches hier gar nicht in Frage steht...

[62] Hatte der Beklagte dem Bisherigen zufolge für eine verzinsliche Belegung der Concursgelder überhaupt nicht zu sorgen, so konnte er auch nicht verbunden sein, etwaigen Aufforderungen des Klägers dazu Folge zu leisten, und konnte eine Nichtbeachtung derselben ihm keine Verantwortlichkeit zuziehen. Statt solcher, rechtlich wirkungsloser, Mahnungen hätte der Kläger vielmehr, wenn er im Interesse der Masse eine verzinsliche Belegung der deponirten Gelder für nöthig hielt, einen dahin gehenden Beschluß der Gläubiger durch geeignete Anträge bei Gericht veranlassen müssen. Die Behauptung desselben, den Beklagten zur verzinslichen Belegung der Concursgelder wiederholt vergeblich aufgefordert zu haben, stellt sich daher als [63] eine unerhebliche dar und konnte nicht zum Gegenstand einer Beweisauflage gemacht werden. Vielmehr blieb nur übrig, den ganzen Anspruch wegen Vergütung entbehrter Zinsen als unbegründet zu verwerfen und somit in dieser Hinsicht das Erk. des StG. wieder herzustellen.

---

## 402. Martens Kinder w. Kröger u. Gen., 5. Oct. 1858. M318V.

S. Einleitung zu Nr. 344. Die Kinder des Müllers Martens haben es in diesem Rechtsstreit nochmals versucht, den Mahlzwang der Timmendorfer Mühle aufrecht zu erhalten, und zu dem Ende mehrere Bauern aus verschiedenen lübischen Dorfschaften belangt. Sie wurden jedoch wiederum in allen J., in der zweiten von der J. F. Halle-Wittenberg, in der dritten, auf gebetene Actenversendung beim OAG., von der J. F. zu Greifswalde zurückgewiesen. Also, abgesehen von dem Richter erster J., vier Facultäts-U. und das des OAG. gegen, ein Facultäts-U. für Aufrechthaltung des Mahlzwangs. Seitdem sind keine neuen Klagen erhoben worden.

---

## 403. Commandite des Waaren-Credit-Comptoir's der Magd. Handels-Co. Bekl. w. Zimmermann, 29. Nov. 1858. M321R.

Der Aussteller von Creditscheinen an ein Waaren-Creditcomptoir kann, wenn seiner Anforderung, dagegen andere auf einen gangbaren Artikel — rohe Tabake — lautende Creditscheine zu erhalten, nicht entsprochen wird, und der Prospect des Comptoirs bestimmt in Aussicht gestellt hat, daß sich auf diesem Wege Jeder die ihm nöthigen Waaren zu verschaffen im Stande sein werde, seine Zahlungen und Scheine ohne Provision condiciren.

A) Zwar vermittelt das Bonnard'sche Centralbureau, nach dessen Vorbilde laut des Prospects das Waaren-Creditcomptoir in Magdeburg gegründet ist, laut dieses Prospects nur den Austausch von Waaren durch Creditscheine derjenigen Firmen &c., welche mit ihm in Verbindung getreten sind. Auch heißt es in dem Prospect, es werde die Magdeburger Handelscompagnie von Zeit zu Zeit Verzeichnisse drucken lassen, in welchen die Artikel und Firmen, auf welche Scheine zu haben seien, aufgeführt würden. Allein

1) es handelt sich hier von [5] einem Falle, wo der Kläger mit der Beklagten mehrere Monate vor dem Erscheinen des ersten Verzeichnisses durch Ausstellung von Scheinen in

Verbindung getreten war, und wo die Wahl, die er getroffen hat, auf Creditscheine über rohe Tabake, mithin über einen der gangbarsten Artikel des Handels gerichtet ist. Erwägt man nun, daß in dem Prospecte die Magdeburger Handelscompagnie sich als mit großen Geldmitteln (500,000 Thalern) ausgerüstet darstellt, daß sie bestimmt in Aussicht stellt, durch ihre Vermittelung werde Jeder in den Stand gesetzt werden, seine Bedürfnisse im Austausch mit den eigenen Waaren und Arbeitsleistungen sich zu verschaffen, und besonders hervorhebt, daß jeder mit dem Waaren=Credit=comptoir in Verbindung Stehende den Vortheil habe, daß er [6] gegen Artikel seines Geschäfts sich die ihm nöthigen Waaren ꝛc. verschaffen könne; und daß es nun, indem zur Darstellung der Art, wie der Umsatz der verschiedenen Artikel bewirkt werde, übergegangen wird, heißt, daß jeder Aussteller von Creditscheinen wieder ähnliche Scheine nach seiner Wahl empfange, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Kl. der auf Grund solcher Verheißungen und Zusicherungen der Beklagten seine Scheine ausstellte, dadurch das unbedingte Recht erhielt, Creditscheine auf rohe Tabake zu wählen und von der Beklagten geliefert zu verlangen, und daß bei diesem gangbarsten Artikel der ebenerwähnte Passus über die demnächst zu publicirenden Verzeichnisse vom Kläger so aufgefaßt werden durfte, daß ihm dadurch nur die Wahl zwischen [7] den verschiedenen Firmen, auf welche Scheine über rohe Tabake zu haben seien, werde eröffnet werden. Wenigstens hätte, wenn die Meinung die gewesen wäre, daß freilich jeder Creditscheinausstellende unbedingt zur Einlösung derselben verpflichtet, das Waaren=comptoir dagegen zur Lieferung von Scheinen selbst über die gangbarsten Artikel nur dann verbunden sei, wenn ihr dieselben zufällig einmal sollten zur Disposition gestellt werden, dies, zumal bei den obigen emphatischen Verheißungen, welche der Prospect enthält, viel klarer, als geschehen, hätte ausgesprochen werden müssen. Wie wenig aber die Absicht der Magdeburger Compagnie in ihrem Prospecte dahin gegangen ist, die mit ihr in Verbindung Tretenden in ihrer Wahl von Creditscheinen, was die [8] Waarengattungen

betrifft, auf die zu publicirenden Verzeichnisse zu beschränken, das beweiset die Vorrede zu dem ersten im März 1857 erschienenen Verzeichniß, worin gesagt wird, daß die Zahl Derjenigen, welche durch schriftlich vollzogene Anträge ihre Artikel zur Verfügung gestellt haben, die gesammte Zahl der im Verzeichnisse aufgeführten Firmen bereits um ein Bedeutendes übersteige, und worin sie ausdrücklich bittet, Niemand möge den Beitritt zum Institute deshalb verschieben, weil er den gewünschten Artikel augenblicklich im Verzeichnisse noch nicht vorfinde; und das beweiset ferner das Schreiben der Compagnie vom 1. April 1857, worin sie dem Klgr bemerkt, wie sie für die [9] Folge darauf halten müsse, daß ihre Mitglieder ihre Wahl innerhalb der im Verzeichnisse aufgeführten Artikel treffen, falls sie nicht vorziehen, sich einige Zeit zu gedulden, bis es gelungen sei, den gewählten andern Gegensatz zu beschaffen, indem hieraus unzweideutig hervorgeht, daß zur Zeit, als der Klgr seine Creditscheine zeichnete, die für die Zukunft für nöthig erachtete Beschränkung der Wahlfreiheit nicht stattgefunden habe. — Hierzu kommt nun aber

2) daß die Beklagte selbst zugestanden hat, die Voraussetzung, unter welcher Kläger seine sämmtlichen Creditscheine gezeichnet, daß er nämlich dagegen wiederum Scheine auf rohe Tabake [10] erhalten werde, damals gekannt zu haben. Denn indem die Beklagte in ihrer Vernehmlassung als Behauptung der Klage referirt, daß Kläger bei Anknüpfung der Geschäftsverbindung im Laufe der Unterredung mit dem Vertreter des Waaren=Creditcomptoirs rohe Tabake als Waare, die er bedürfe, bezeichnet habe, giebt sie zu, daß dieses Bedürfen, welches sich bei einem Tabaksfabrikanten (wie der Kläger) ohnehin von selbst verstehe, gesprächsweise geäußert sein möge. — Hat nun aber der Kläger seine Scheine in der berechtigten Erwartung und zu dem Zwecke, mit Wissen der Beklagten, ausgestellt und dieser ausgeliefert, um dagegen wiederum Scheine auf rohe Tabake zu empfangen, so steht ihm, wenn er [11] in jener Voraussetzung getäuscht ist, und dieser Zweck nicht erfüllt werden kann, die condictio ob causam datorum auf Rückerstattung

des von ihm Gegebenen und Geleisteten zu. Und zwar kommt es

B. um den Kläger zur Anstellung dieser Klage zur Zeit, wo er sie erhoben hat, zu befugen, auch nicht darauf an, ob die Lieferung der verlangten Scheine ihm, wie er behauptet, ausdrücklich binnen Monatsfrist zugesichert war. Denn wenn man auch kein Gewicht darauf legen will, daß die Magdeburger Gesellschaft in ihrem Prospect dahin zu streben verspricht, daß der Umsatz der Scheine schnell erfolge, und es überdies in den dem Kläger ertheilten Reversen einfach heißt: „wir werden Ihnen die Valuta in [12] Creditscheinen — zur Verfügung halten," mithin hier die Regel eintritt, „unbetagte Forderungen sind sofort fällig;" so war am 4. April 1857, wo die Klage angestellt worden, die billige Frist, welche die Beklagte in Anspruch nehmen kann, jedenfalls gewährt, und der Kläger um so mehr zur Klagerhebung befugt, als die Magdeburger Gesellschaft selbst in ihrem Schreiben vom 1. April 1857 noch gar nicht bestimmt in Aussicht stellte, dem Kläger Scheine über rohe Tabake liefern zu können, sondern nur schrieb, daß sie nach Kräften bemühet sein werde, dem Wunsche des Klägers durch Heranziehung von Firmen, von welchen er seine Beziehung machen könne, zu entsprechen. — Es kommt also nur noch

[13] C. auf die speciellen Einwendungen an, welche die Beklagte den einzelnen Forderungen des Klägers entgegengestellt hat. Allein es liegt deren völlige Grundlosigkeit auf flacher Hand. — Wenn nämlich

1) gegen die Rückforderung der 80 Rthlr., als der Valuta der drei vom Kläger bereits eingelösten Scheine, eingewendet wird, daß Kläger in diesen Scheinen bereits den Empfang der Valuta bekannt habe, sie also doppelt fordere, so beseitigt sich dieser Einwand, welchen Sinn auch jene Clausel haben mag, dadurch, daß es in den gegen Ausstellung der fraglichen Scheine dem Kläger ertheilten Reversen heißt: „wir werden Ihnen die Valuta in Creditscheinen (auf Waaren) nach [14] Ihrer Wahl zur Verfügung halten," und daß diese Valuta dem Kläger geständigermaßen noch nicht geworden ist. — Wenn ferner

2) gegen die Rückforderung der noch in den Händen der Beklagten befindlichen 65 Creditscheine eingewendet wird:

a) Kläger habe nach dem ihm gegen diese Scheine ertheilten Reverse nur ein Recht auf die Valuta in anderen Creditscheinen nach seiner Wahl, und

b) diese Scheine seien schon in die gedruckten Verzeichnisse aufgenommen und könnten deshalb nicht wieder zurückgegeben werden;

so findet der erste Einwand durch die Ausführung unter A seine Erledigung, [15] während der zweite schon deshalb völlig grundlos erscheint, weil in die Verzeichnisse nur die Firmen, welche Creditscheine auf die dort aufgeführten Waaren ausgestellt haben, nicht aber die Creditscheine selbst, weder der Zahl noch dem Werthe nach, aufgeführt werden, und weil es in der hier fraglichen Beziehung gleichgültig ist, ob die Scheine einer im Verzeichnisse aufgeführten Firma von ihr eingelöst oder ihr zurückgegeben werden. — Was endlich

3) den Einwand gegen die Rückforderung der für die nicht begebenen 65 Creditscheine gezahlten Provision von 16 Rt. betrifft, welcher daraus hergenommen wird, daß die letzte [16] der auf den Scheinen stehenden Bedingungen lautet: „die bei Abschluß eines jeden Geschäfts baar zu zahlende Provision wird niemals zurückgegeben," so steht dem einmal schon entgegen, daß nach dem Prospect die Provision dafür bezahlt wird, daß das Waarencomptoir sich dem Austausch der verschiedenen Artikel unterzieht, mithin hinwegfällt, wenn es zu solchem Umtausche überall nicht kommt, so wie zweitens, daß jene Bestimmung der Bedingungen durch den späteren quer über dieselben gedruckten Zusatz, nach welchem für die binnen Jahresfrist nicht abgesetzten Scheine dem Aussteller die gezahlte Provision zurückerstattet werden soll, insoweit wieder aufgehoben ist.

---

## 404. Obendorff Wwe. w. Ludwig, 16. Dec. 1858. O54R.

1) Auch der Mutter steht nach gemeinem Recht gegen einen Dritten eine Klage auf Auslieferung ihres Kindes zu, wenn dieser ihr dasselbe vorenthält.

2) Auch nach Lübischem Recht kann eine Wittwe ohne die Vormünder ihres Kindes auf dessen Auslieferung wider Dritte klagen.

3) Die Entscheidung über die Frage, wo ein Minderjähriger zu erziehen sei, steht nach gemeinem wie nach Lübischem Recht der Obervormundschaft zu.

1) Ober-Gerichts-Erk., 11. März 1858, Erwägend:

daß nach den Bestimmungen des r. R. in l. 1, §. 1. und 4. D. de liberis exhibendis. 43, 30. das interdictum de liberis exhibendis nur demjenigen zusteht, welcher die väterliche Gewalt über das Kind hat, und nicht der Mutter, indem derselben gegen das Interdict nur eine Einrede und auch diese nur beim Vorhandensein ganz besonderer Gründe zugestanden wird;

daß die von der Appellantin dawider aus dem Codex angeführten Gesetzesstellen, da sie theils auf das inderdictum de libero homine exhibendo sich beziehen, theils von einem nicht hierher gehörigen Falle reden, nicht in Berücksichtigung kommen;

daß, auf das lübeckische Recht gesehen, die Mutter zwar nicht durchaus für unlegitimirt zur Anstellung einer Klage auf Herausgabe ihres minderjährigen Kindes erscheint, jedoch auf Grund der §§. 25. u. 26. der Vormundschafts-O. vom 11. Oct. 1820 ohne Zuziehung der Vormünder eine derartige Klage anzustellen nicht für legitimirt zu erachten ist.

2) Gründe zum Urtheil des Oberappellationsgerichts.

[1] Wenn das OG. den, der Klägerin, bei Vermeidung der Abweisung angebrachtermaßen den zu bewirkenden Beitritt der Vormünder ihres Sohnes Johannes zu dem gegenwärtigen Processe auferlegenden NGB. vom 13. Febr. d. J.

A. aus dem Grunde bestätigt hat, weil nach r. R. der Klägerin als Mutter das Recht, auf Auslieferung ihres Kindes zu klagen, überall nicht, sondern nur gegen das wider sie gerichtete interdictum de liberis exhibendis aus besonderen Gründen eine exceptio zustehe, so war dem nicht beizutreten. Denn daraus, daß der Mutter gegen das von ihrem Ehemann wider sie angestellte Interdict [3] eine Einrede gegeben ist, folgt nicht, daß sie ihrerseits gegen einen Dritten, wenn auch nicht das gedachte, allerdings nur auf der väterlichen Gewalt beruhende Interdict, doch überall keine Klage auf Herausgabe ihres Kindes hatte. Vielmehr wird Kraft des Rechts, nach welchem sie selbst, dem Ehemann gegenüber, unter Umständen beanspruchen kann, ihre Kinder bei sich zu haben und zu erziehen,

l. 1, §. 3. l. 3, §. 5. D. de liberis exhibendis. 43, 30.

in Doctrin und Praxis, gestützt theils auf

l. 3, §. 11. D. de libero homine exhibendo. 43, 29.
Lauterbach, Collegium ad h. t. §. 4.

theils und mit mehr Recht auf die obigen Fragmente und auf

l. 2. 3. C. de liberis [4] exhibendis. 8, 8.

Dritten gegenüber eine Klage auf Auslieferung ihrer Kinder allerdings gegeben,

Günther, Principia juris Romani. §. 452.
Mühlenbruch, Lehrb. d. Pandecten 3, §. 548, Not. 13.
Seuffert, Prakt. Pandectenrecht 3, §. 484, Not. 5.
Puchta, Pandecten §. 432, Not. 9.

indem, wenngleich von den obigen beiden Rescripten das Letztere einigen Zweifeln Raum giebt und auch wohl früher von einem andern Falle verstanden worden ist,

Glossa ad l. 3. cit.
Gothofredus ad eandem.

doch die ang. l. 2. völlig klar ist. Und zwar ist das Recht der Mutter, aus welchem ihr diese Klage zusteht, nicht als vormundschaftliches Recht der Wittwe über ihre Kinder, sondern als natürliches elterlich-mütterliches Recht aufzufassen. Dies [5] ergiebt sich schon aus den obigen Stellen, nach welchen sie selbst dem noch lebenden Vater gegenüber ein

vorzüglicheres Recht, die Kinder bei sich zu erziehen, geltend machen kann, völlig unzweifelhaft aber aus

l. 1. C. ubi pupilli educari debeant. 5, 49.

einer Constitution, die aus einer Zeit stammt, wo das, erst durch Nov. 118, c. 5. geschaffene bevorzugte Vormundschaftsrecht der Mutter noch nicht existirte. Schon hiernach kann durchaus nicht davon die Rede sein, daß nach r. R. die Mutter zur Klage auf Exhibition eines Kindes der Zuziehung der Vormünder desselben bedurft habe.

Eben so wenig aber läßt sich

B. mit dem vorigen Richter annehmen, daß in dieser Beziehung es sich nach lübischem R. anders verhalte.

[6] Zwar ist

1) das Lübische Recht dasjenige, worin sich ausnahmsweise der ältere deutsche Grundsatz erhalten hat, nach welchem der überlebenden Mutter ein Mundium über ihre minderjährigen Kinder überall nicht zusteht, sondern für diese in eben dem Maaße wie für völlig elternlose besondere Vormünder ernannt werden.

Stat. 1, 7, Art. 12.

Vormundschafts-O. §. 1.

Allein da die Grundsätze des r. R., wonach die Klage auf Exhibition eines Kindes der Wittwe nicht kraft vormundschaftlichen, sondern kraft natürlichen mütterlichen Rechts, namentlich auf Erziehung ihrer Kinder zusteht, in Deutschland keine Aenderung erlitten haben, vielmehr dieses natürliche [7] Recht der Mutter umgekehrt, wenn nicht in allen, doch in vielen Punkten sich mit der väterlichen Gewalt ausgeglichen hat, und daher der Mutter jetzt in demselben Maaße, wie nach r. R. nur dem Vater, das interdictum de liberis exhibendis zugestanden wird:

Bayersches Landrecht 1, 4, §. 3.

Kraut, Recht der Vormundschaft, 2, S. 686.

Mittermaier, Deutsch. Priv.-R., §. 362, I.

Walter, Deutsch. Priv.-R. §. 97.

so kann der Umstand allein, daß nach lübischem R. die Mutter nicht die Vormundschaft über ihre Kinder hat, nicht dahin führen, ihr das Recht abzusprechen, allein, ohne Zuziehung

der einem Kinde bestellten Vormünder, gegen einen Dritten auf dessen Exhibition [8] zu klagen.

Vielmehr läßt sich

2) das einzige Bedenken dagegen nur daraus entnehmen, daß nach §. 26 der Vormundschafts-O. zwar das Recht der Mutter, zunächst für die Erziehung ihrer Kinder zu sorgen, dem gemeinen Rechte entsprechend

l. 1 C. cit.

anerkannt, den Vormündern jedoch dabei die Mitaufsicht übertragen, und damit zugleich das Recht eingeräumt ist, bei der Frage, wo und wie das Kind zu erziehen sei, ein Wort mit zu reden, und nöthigenfalls eine Entscheidung der obervormundschaftlichen Behörde herbeizuführen. Allein daraus folgt nicht das Recht eines Dritten, welcher einer Mutter ihr Kind vorenthält, zu verlangen, daß die Mutter den Consens der Vormünder zu der Klage auf Auslieferung beibringe, oder die Vormünder [9] dieser Klage beitreten.

Da nun auch der Grund, auf welchen der Bekl. in der Sache selbst seine Weigerung, das Kind der Kl. herauszugeben, allein stützt, daß er nämlich das Kind auf Bitten der Kl. ihr abgenommen habe, und ihm von Letzterer mit Zustimmung der Vormünder gestattet worden sei, es bis zum 16. Jahre zu behalten, und, wenn es sich ihm anschließe, als eigen anzunehmen, nach den Grundsätzen des Interdicts durchaus nicht in Betracht kommen kann,

arg. l. 1, §. 2. D. de liberis exhibendis. 43, 30.

indem durch einen solchen Vertrag den mütterlichen Rechten nicht unabänderlich präjudicirt werden darf, so würde, wenn die Sache noch in der Lage wäre, wie sie den vorigen Richtern vorlag, unbedingt auf Verurtheilung des Bekl. zur Herausgabe des Kindes und auf Ersatz der Kosten erster J. haben [10] erkannt werden müssen.

Diese Lage hat sich aber insofern geändert, als in dieser J. die Vormünder des Kindes als accessorische Intervenienten dem Bekl. beigetreten sind. Indessen konnte dies, zumal sie irgend Gründe, warum das Kind nicht bei der Kl. sein kann, nicht geltend machen, sondern nur den obigen Grund des Bekl. bestätigen, lediglich dahin führen, es ihnen nachzulassen, in

erster J. die im U. bezeichnete Verfügung der obervormundschaftlichen Behörde beizubringen, welcher wie nach r. R.

l. 1, pr. §. 1., l. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat 27, 2.

so auch nach jetzt geltendem Rechte

Mittermaier, a. a. O. §. 422.

Kraut, a. a. O. 2, S. 126.

an welchem das Lübische Nichts geändert hat, die Entscheidung darüber, wo [11] ein Minderjähriger zu erziehen ist, zusteht, welche aber natürlich nur nach vorgängiger Sachuntersuchung und nur aus den triftigsten Gründen sich bewogen finden wird, der Mutter das natürliche Recht, ihr Kind bei sich zu haben und zu erziehen, abzusprechen...

## 1859.

### 405. Krellenberg w. Brauer Erben, 31. Jan. 1859. K245R.

V. v. 29. November 1848 (GS. p. 126)[1]) welche die Berufung gegen Bescheide ausschließt, wodurch Beweisartikel für zulässig erkannt sind, findet Anwendung, es mag die Zulässigkeit aller oder nur einzelner Beweisartikel angefochten sein;

indem durch die Zulassung dem Appellanten sein Recht, die Aussagen der Zeugen auch aus den Gründen, welche er jetzt gegen die Beweisartikel geltend gemacht hat, und damit die ganze Beweisantretung künftig anzufechten, überall nicht abgeschnitten ist.

---

### 406. Carstenn w. Groß, 19. Juli 1859. C90W.

Die als Fideicommißerben berufenen „Nachkommen" eines namhaft gemachten Verwandten erben im Zweifel nach Köpfen und nicht nach Stämmen.

[2] Es handelt sich in dem vorliegenden Rechtsstreit lediglich um die Frage, ob der Nachlaß des zu Moskau verstorbenen Joh. Heinemeyer vermöge der von ihm getroffenen testamentarischen Bestimmung:

daß nach dem Tode seiner leiblichen Schwester sein

---

[1]) S. z. CPO. §. 108, Nr. 2.

Capitalvermögen auf die männlichen und weiblichen Nachkommen seines Mutterbruders Groß übergehen solle, unter den Personen, welche auf Grund dieser Bezeichnung überhaupt als erbberechtigt anerkannt worden sind, nach Köpfen oder nach Stämmen zu theilen sei. Das Erste, wonach der jetzige Appellant $^1/_7$ des Nachlasses erhalten würde, ist vom NG. angenommen worden, während das [3] Namens des OG. publicirte Facultäts-Erkenntniß die Stammtheilung für die richtige erklärt und danach dem Appellanten nur $^1/_{15}$ des Nachlasses zugesprochen hat. Der Appellant verlangt die Wiederherstellung des niedergerichtlichen Erkenntnisses; und seinem Verlangen mußte entsprochen werden.

Es ist unbestritten, daß mehrere Personen, denen in einer letztwilligen Verfügung eine Erbschaft oder ein Vermächtniß ohne Bestimmung von Antheilen zugewendet worden ist, mögen sie einzeln genannt, oder durch eine Collectivbezeichnung berufen sein, der Regel nach gleich mit einander zu theilen haben;

§ 6. J. de hered. instit. [4] 2, 14.
l. 9. §. 12. D. eod. 28, 5.
l. 88. §. 6. D. de legat. II. 31.
l. 80. D. de legat. III. 32.

ein Satz, der auch bei einer fideicommissarischen Substitution, wie sie hier vorliegt,

vergl. l. 12 D. de usufructu earum rerum etc. 7, 5.

angewendet werden muß. Nur dann gilt eine Ausnahme von dieser Regel, wenn ungeachtet der fehlenden Theilbestimmung sich sonst in der Ausdrucksweise des Testators ein genügender Anhalt findet, woraus die Absicht einer bestimmten andern Theilungsart geschlossen werden kann. Soweit in dieser Hinsicht nicht durch gesetzliche Vorschrift specielle Vermuthungen festgestellt worden sind, wie z. B. in Betreff [5] der heredes conjuncti, kommen die allgemeinen Grundsätze von der Auslegung letztwilliger Verfügungen zur Anwendung. Wenngleich nun dabei nicht gerade ein voller Beweis der wahren Absicht erfordert wird,

l. 24. D. de reb dub. 34, 5.

so müssen doch hier, wo es sich nur um eine Ausnahme von

einer gesetzlichen Regel handelt, überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe vorliegen, indem es außerdem bei der Regel zu verbleiben hat.

In der gegenwärtigen Sache hat nun

I) das v. U. einen genügenden Anhalt für beachsichtigte Stammtheilung darin zu finden geglaubt, daß der Testator die Bezeichnung der berufenen Erben nicht aus deren [6] Verwandtschaftsverhältniß zu ihm selbst, sondern aus dem Verwandtschaftsverhältniß zu ihrem Ascendenten, dem Mutterbruder des Testators, hergenommen hat. Das v. U. argumentirt aus dieser Bezeichnung: es hätten danach nur diejenigen Nachkommen des Mutterbruders Groß gerufen sein sollen, welche, wenn von dessen Beerbung die Rede wäre, ihn als seine Nachkommen, also in der Classe der Descendenten, gesetzlich zu beerben hätten, und folgeweise müsse auch die Theilung, welche bei solcher Beerbung des Ascendenten eingetreten sein würde, also Stammtheilung, als beabsichtigt angesehen werden. Der Gedankengang des Testators sei offenbar der gewesen; hätte er seinen Mutterbruder Groß selbst noch für lebend gehalten, so würde er diesem seinen [7] Nachlaß zugewendet haben, bei dessen vorausgesetztem Ableben solle aber statt seiner der Nachlaß an diejenigen Nachkommen des Groß übergehen, an welche auch das Vermögen des Groß selber, und mit der Maaßgabe, wie dasselbe sich dem gewöhnlichen Gange der Dinge nach in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge weiter vererbt haben würde.

Allein bei dieser Argumentation wird

1) der Art und Weise, wie der Testator die Personen bezeichnet hat, welche er zu seinen Erben berufen wollte, eine weitergehende Bedeutung beigelegt, als ihr wirklich zukommt. Er wollte gewisse Seitenverwandte bedenken, und machte dieselben damit, und nur damit kenntlich, daß sie zu den Descendenten seines Mutterbruders Groß gehören müßten. [8] Die Wahl dieser Bezeichnung erklärt sich genügend aus dem von den Parteien übereinstimmend angeführten Umstande, daß der Testator die Seitenverwandten, welche er im Sinne hatte, persönlich nicht kannte, ja wahrscheinlich nicht einmal von der Existenz aller einzelnen Kenntniß hatte. — War es

nun sein Wille, seinen Nachlaß den Seitenverwandten, welche sich als Descendenten seines Mutterbruders Groß legitimiren könnten, und ihnen ausschließlich, zuzuwenden, so blieb ihm jenes Umstandes wegen nur übrig, dieselben mit einem Collectiv-Ausdruck unter Anknüpfung an die Person seines Mutterbruders Groß zu bezeichnen. Daraus folgt aber nicht, daß er die von ihm verfügte Beerbung irgendwie, sei es in Ansehung des Umfangs [9] der berufenen Personen, sei es in Ansehung der Theilungsart, den Regeln hätte unterwerfen wollen, nach welchen die fraglichen Verwandten ihren, der Demonstration halber namhaft gemachten Ascendenten dem Gesetze nach beerbt haben würden. — Ob und wie der hier genannte Mutterbruder von seinen Descendenten beerbt worden sein sollte, oder zu beerben gewesen wäre, das war eine dem Testator und seinen Anordnungen an sich völlig fremde und fern stehende Angelegenheit, und es kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß der Gedanke daran sich mit den Erwägungen über Zuwendung und Vertheilung s e i n e s Nachlasses innerlich verbunden haben müsse. Insbesondere fehlt es auch, da bei letztwilligen Zuwendungen so viel auf subjective [10] Beziehungen, auf persönliche Zu- oder Abneigung ankommt, an einem genügenden Grunde zu der Voraussetzung, daß der Testator zunächst seinen Mutterbruder Groß selbst, wenn er ihn noch für lebend gehalten hätte, zum Erben eingesetzt haben würde, es muß dies vielmehr völlig dahin gestellt bleiben, und kann deshalb nicht daraus geschlossen werden, daß der Testator nach dem Wegfall seines Mutterbruders Groß gerade darauf Rücksicht genommen haben werde, wie der Nachlaß dieses Letzteren sich auf dessen Descendenz vererbt haben würde.

Für die Ansicht des v. U. läßt sich auch nicht etwa der Umstand geltend machen, daß dieselbe hinsichtlich des Umfangs der zur Erbschaft berufenen Personen zu dem nämlichen Ergebniß führen würde, welches in [11] Folge der angebrachten Professionen durch das NGE. vom 18. October 1856 und durch die Zurückweisung des später von den 7 Kindern des Mit-Appellanten Johann Jochim Friedrich Groß eingereichten Restitutionsgesuches rechtskräftige Aner-

kennung gefunden hat. Denn angenommen, es wäre dieses Ergebniß nur auf Grund der in dem v. U. vertheidigten Auffassung als ein gerechtfertigtes anzusehen, so würde doch daraus, daß die Frage, wer die erbberechtigten Personen seien, ihre rechtskräftige Erledigung gefunden hat, keineswegs folgen, daß damit auch der vorzunehmenden Vertheilung der Erbschaft schon irgendwie präjudicirt, und das richterliche Urtheil über diese ganz trennbare Frage nicht noch ein [12] völlig unabhängiges wäre; dies ist um so weniger anzunehmen, da das NG., auf dessen Entscheidungen die rechtskräftige Sachlage beruht, nicht von der Auffassung des v. U. ausgegangen ist. Es läßt sich aber auch nicht behaupten, daß jenes Ergebniß ohne die Auffassung des v. U. nothwendig ein anderes hätte sein müssen. Das v. U. hat aus seiner Argumentation zweierlei hinsichtlich der zur Erbschaft berechtigten Personen gefolgert: einmal, daß, ungeachtet im Verhältniß zum Testator hier nur Seitenverwandte der vierten Classe in Frage stehen, doch nicht der in dieser Classe geltende Vorzug der Gradesnähe habe zur Anwendung kommen, also die Kinder und Enkel von Christine Dorothea Koch, später [13] verehelichten Nehlsen, nicht durch die beiden Brüder derselben (die jetzigen Appellaten) haben ausgeschlossen werden sollen; sodann, daß neben dem Appellaten Joh. Jochim Friedrich Groß nicht auch dessen Kinder als zur Erbschaft mitberufen angesehen werden können. Allein die Mitberechtigung der Descendenten von Christine Dorothea Nehlsen folgte, ganz unabhängig von der Ansicht des v. U., schon aus der testamentarischen Disposition selbst. Denn in derselben sind die männlichen und weiblichen Nachkommen des Mutterbruders Groß ohne allen Zusatz, also auch ohne Rücksicht auf Gradesnähe, zur Erbschaft berufen worden; und da die Descendenz von Christine Dorothea Nehlsen zu den weiblichen Nachkommen des [14] Mutterbruders Groß gehörte, so konnte ihr die Entfernung des Grades in keiner Weise im Wege stehen.

vgl. l. 69. pr. D. de legat III. 32.

Zweifelhafter könnte es scheinen, ob nicht eben wegen dieser ganz unbeschränkten Berufung den Kindern des Appel-

laten Joh. Joch. Friedrich Groß ein Miterbrecht zuzusprechen gewesen wäre. Allein, auch wenn man ganz davon absieht, daß der Testator sich den Grundsätzen der Intestatsuccession im Verhältniß der berufenen Verwandten zu ihrem Ascendenten hätte anschließen wollen, kann man dennoch sehr wohl — wie das NG. in seinem Erkenntnisse vom 11. Juli 1857 gethan hat, und wie es das v. U. selbst anerkennt, — zu der Ansicht gelangen, daß da, wo [15] Verwandte als solche zu einer Erbschaft berufen werden, ein gleichartiges Erbrecht von Kindern neben ihrem noch lebenden Ascendenten (abgesehen von der zweiten Classe der Intestatsuccession) als etwas durchaus Ungewöhnliches die Präsumtion hinreichend gegen sich habe, um bei testamentarischer Succession eine bestimmte und deutliche Erklärung des Erblassers dafür zu verlangen. Es bleibt innerhalb der Grenzen erlaubter Interpretation, wenn man aus diesem Grunde im vorliegenden Falle annimmt, daß der Testator den Ausdruck „Nachkommen" in einem engeren Sinn verstanden habe und nur von directen Nachkommen habe gebrauchen wollen. Diese Möglichkeit aber genügt, um das Bedenken zu beseitigen, daß die durch die [16] niedergerichtliche Entscheidung gegebene Grundlage mit einer Kopftheilung in Widerspruch stehe.

2) Unter diesen Umständen würden, um dem Argument des v. U. beipflichten zu können, überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe dafür vorhanden sein müssen, daß der Testator seine Ausdrucksweise gerade deshalb gewählt habe, um das Verhältniß, in welchem die berufenen Verwandten zu ihrem Ascendenten bei dessen Intestatbeerbung gestanden hätten, als maaßgebend anzudeuten. An speciellen Gründen hiefür fehlt es aber gänzlich. Vielmehr ist es unverkennbar, daß eben so wohl andere Gründe ihn zu seiner Ausdrucksweise veranlaßt haben können, und eben die Ungewißheit, welcher Grund ihn dazu bestimmt habe, macht es [17] unthunlich, gerade die Folgerung daraus zu ziehen, welche die Basis der angefochtenen Entscheidung bildet. Der nächstliegende Erklärungsgrund ist der schon oben angedeutete, daß der Testator durch den Ausdruck „Nachkommen meines Mutterbruders Groß" einfach diejenigen seiner Seitenverwandten

kenntlich machen wollte, denen er seinen Nachlaß zugedacht hatte. Die Acten ergeben Nichts darüber, ob der Testator außer den Nachkommen seines Mutterbruders nicht noch andere Seitenverwandte, z. B. von Vatersseite her, gehabt habe, die vermöge gesetzlicher Erbfolge vielleicht gleich oder näher berechtigt gewesen wären, als jene. Es darf daher wenigstens nicht als gewiß vorausgesetzt werden, daß die Nachkommen seines Mutterbruders Groß seine [18] einzigen oder nächsten Seitenverwandten gewesen seien, und eben so gut muß an die Möglichkeit gedacht werden, daß der Testator selbst sich über das Vorhandensein weiterer Seitenverwandten in Ungewißheit befunden haben kann. War es nun sein Wille, nur die Seitenverwandten erben zu lassen, welche zur Descendenz seines Mutterbruders Groß gehörten, alle anderen aber, welche möglicherweise als gesetzliche Erben Ansprüche hätten erheben können, auszuschließen, so wurde die Ausscheidung aus der Gesammtheit seiner Seitenverwandten am einfachsten und sichersten durch den gewählten Ausdruck bewirkt, der Ausdruck hatte danach seine gute und volle Bedeutung, und nichts berechtigt zu der Annahme, daß er außer eben dieser Ausscheidung [19] auch noch einen weiteren Zweck gehabt haben müsse. Selbst aber wenn man davon ausgehen wollte, daß der Testator die Nachkommen seines Mutterbrudes für seine einzigen oder für seine ausgemacht nächsten Seitenverwandten gehalten habe, so würden dieselben ja doch als gesetzliche Erben nicht sämmtlich zu seinem Nachlaß berufen worden sein, sondern (ihre Erbfähigkeit überhaupt vorausgesetzt) würden die dem Grade nach Näheren allein geerbt haben. Der Testator hat ihnen dagegen ohne Rücksicht auf Gradesnähe den Nachlaß zugewiesen, und schon der hierauf gerichtete Wille allein bot ihm einen genügenden Anlaß, seine Disposition gerade so, wie geschehen, zu fassen, anstatt auf die Intestatsuccession zu verweisen, oder einen die [20] Verwandtschaft zu *ihm* bezeichnenden Ausdruck — z. B. meine Seitenverwandten von der Mutterseite — zu wählen.

Endlich ist auch der von dem Appellanten in jetziger J. hervorgehobene, von der unehelichen Geburt des Mutterbruders Groß hergenommene Erklärungsgrund einiger Beachtung

werth. Allerdings bietet der Umstand, daß der Testator aus Lübeck herstammte, auch seinen Nachlaß Verwandten hinterließ, die er sich bei der beantragten Vermittelung des lübeckischen Senates wohl vorzugsweise als dort einheimisch dachte, noch keinen ausreichenden Grund zu der Annahme, daß er bei seiner Disposition das deutsche und namentlich lübische Recht besonders berücksichtigt haben, und daß er mit den [21] Bestimmungen dieser Rechte über die Erbfähigkeit unehelich Geborner und ihrer Descendenz näher vertraut gewesen sein werde. Aber auch ohne diese Voraussetzung liegt es doch nicht fern, daß ihm Zweifel aufgestiegen sein können, ob es bei der unehelichen Geburt seines Mutterbruders genügen werde, dessen Nachkommen als seine (des Testators) Seitenverwandte zu bezeichnen, ob nicht der Anerkennung dieser Verwandtschaft eben jenes Umstandes wegen sich Schwierigkeiten entgegenstellen würden. Es ist daher sehr wohl denkbar, daß der Testator, um ganz sicher zu gehen und jeden Zweifel zu beseitigen, daß seine testamentarische Zuwendung vor der Bedingung eines rechtlich anerkannten vollen [22] Verwandtschaftsverhältnisses der Berufenen zu ihm unabhängig sein sollte, die von ihm gewählte Art der Bezeichnung jeder andern vorgezogen haben mag. Freilich wird für diesen Erklärungsgrund vorausgesetzt, daß der Testator die uneheliche Geburt seines Mutterbruders gekannt habe; allein selbst wenn er, wie die Appellaten behaupten, schon gleich nach seiner Confirmation Lübeck verlassen haben sollte, kann diese Kenntniß doch keineswegs als etwas Unwahrscheinliches angesehen werden.

Bei der Möglichkeit dieser verschiedenen Erklärungsgründe wird der Schluß, daß der Testator den Ausdruck „Nachkommen meines Mutterbruders Groß" gewählt habe, um eine Beerbung nach Art der [23] Descendenten-Succession dadurch anzudeuten, ein so völlig unsicherer, daß er als Grundlage der Interpretation nicht gelten kann.

II. Das v. U. hat außerdem zur Unterstützung seiner Ansicht noch folgende Momente hervorgehoben.

1) Es liege nun einmal entschieden der Fall vor, daß entferntere Verwandte neben näheren zum Nachlasse gerufen

seien, theils nach der rechtskräftigen Sachlage, theils nach dem Willen des Erblassers selbst, überall aber, wo entferntere mit näheren Verwandten concurrirten, sei Stammtheilung die durch die natürliche Gleichheit und Billigkeit geforderte, in der gesetzlichen Erbfolge anerkannte Art der Theilung. Das Argument [24] aus der rechtskräftigen Sachlage ist jedoch schon oben widerlegt worden. Im Uebrigen muß daran erinnert werden, daß die Anerkennung des Princips der Stammtheilung in der gesetzlichen Erbfolge nicht maßgebend sein kann für die Auslegung letztwilliger Verfügungen. Hat ein Testator einmal entferntere neben näheren Verwandten zum Nachlaß berufen, ohne etwas über die Theilungsart zu bestimmen, so muß die gesetzliche Präsumtion für Kopftheilung auch hier bis zum Beweis des Gegentheils wirksam werden, und es ist kein Grund da, dies etwa auf den Fall, wo die Erben einzeln mit Namen aufgeführt wurden, zu beschränken. vgl. die schon angeführten

l. 88. §. 6. D. de legat. 2.

l. 80. D. de legat 3.

Allerdings wird man da, wo die verschiedenen Verwandten auch vermöge der gesetzlichen Erbfolge neben einander, und zwar nach Stämmen, geerbt haben würden, immer ein erhebliches Moment dafür anerkennen müssen, daß der Testator die gleiche Theilungsart im Sinne gehabt haben werde. Allein dieses Moment ist jedenfalls nicht anwendbar, wenn, wie hier, entferntere und nähere Verwandte gleichmäßig bedacht werden, welche als gesetzliche Erben nicht concurriren würden, und unter denen eine Stammtheilung gar nicht vorkommt. Ist hier der Wille einmal entschieden darauf gerichtet, die nach gesetzlicher Erbfolge ausgeschlossenen entfernteren Verwandten miterben zu [26] lassen, so kann er auch eben so gut so weit gehen, sie den näheren überhaupt gleich zu stellen, indem ohne besondere Gründe nicht vorausgesetzt werden darf, daß der Testator ein bestimmtes Erbfolgesystem vor Augen gehabt habe; und eben die Ungewißheit hierüber und die gänzlich fehlende Basis einer Stammtheilung führt auf die gesetzliche Präsumtion der Kopftheilung zurück. Im vorliegenden Falle kommt überdies hinzu, daß der Testator bei seiner collectiven

Erbeseinsetzung ohne Zweifel gar keine bestimmte Vorstellung darüber hatte, ob zur Zeit seines Todes

vgl. l. 19. pr. D. de reb. dub. 34. 5.

die Lage der Sache gerade so sein werde, daß nähere mit entfernteren Verwandten [27] concurriren würden, während doch, wenn alle zu dieser Zeit vorhandenen Nachkommen des Mutterbruders Groß in gleichem Grade gestanden hätten, dieselben auch als gesetzliche Erben nach Köpfen geerbt haben würden, ungeachtet die vorausgesetzte Billigkeit der Stammtheilung mit gleichem Rechte auch hier geltend gemacht werden könnte.

2) Nach den Gesetzen werde der Wille eines Testators, welcher mehrere Erben conjunctim neben einem oder mehreren Anderen einsetze, so interpretirt, daß die conjuncti heredes zusammen nur eine Erbportion erhielten; es werde also dadurch derselbe Erfolg herbeigeführt, wie bei der Intestaterbfolge durch die Stammtheilung. Lasse nun ein Testator durch seine Disposition eine Concurrenz von entfernteren und [28] näheren Verwandten eintreten, so habe er wegen der Billigkeit der Stammtheilung die triftigste Veranlassung, die entfernteren auch sprachlich als conjuncti zusammenzufassen. Hätte daher im vorliegenden Falle der Testator gewußt, daß er von den sieben Profitenten beerbt werden würde, so liege die Annahme sehr nahe, daß er neben den beiden Enkeln seines Mutterbruders die Kinder der verstorbenen Enkelin desselben in Form einer conjunctio bedacht haben werde. Es leuchtet jedoch ein, daß dieses Argument überhaupt kein selbstständiges ist. Die Muthmaßung, daß der Testator sich für die weitere Descendenz der Enkelin seines Mutterbruders einer conjunctio bedient haben würde, steht und fällt mit der Annahme, daß [29] Stammtheilung ihrer Billigkeit wegen als beabsichtigt vorausgesetzt werden müsse; für diese Voraussetzung fehlt es aber bei Seitenverwandten der vierten Classe, sobald einmal von der unter I. besprochenen Deduction abgesehen wird, an jeder Grundlage. Auch hier kommt vielmehr in Betracht, daß man gar nicht wissen kann, was der Testator gethan haben würde, wenn er gewußt hätte, daß er gerade von den sieben Profitenten beerbt werden würde. Hätte er nähere Kenntniß

von ihren persönlichen und Vermögensverhältnissen gehabt, so hätte er eben so gut Gründe haben können, Kopftheilung anzuordnen, oder vielleicht sogar die Descendenz von Christine Dorothea Nehlsen noch vor den beiden Appellaten zu bevorzugen...

---

## 408. Lüdemann, Jüchter & Co. w. Green & Co. Güterpfleger, 11. Oct. 1859.[1]) L224V.

1) Nach bisherigem gemeinen Recht hat der Verkaufscommissionär an der empfangenen Waare wegen seiner Vorschüsse kein Pfand-, sondern nur ein Retentions-Recht. rat. 1.

2) Bei Specialverpfändung tritt im Fall der Veräußerung der Preis nicht an die Stelle des Pfandobjects. rat. 2.

3) Hat A. nicht als Commissionär, sondern als Mandatar von B. den C. mit dem Verkauf von Waaren beauftragt, und dem C. geschrieben, der Erlös sei an ihn, A, zu remittiren, C. auch den B. davon, daß dies geschehen solle, in Kenntniß gesetzt, so liegt in beiden Mittheilungen noch keine Verpfändung des Provenu für die Vorschüsse des B. an A. rat. 3.

4) Sind durch eine verworfene Adhäsionsbeschwerde keine nennenswerthe Kosten veranlaßt, so kann der Appellant bei Verwerflichkeit seiner Beschwerden in sämmtliche Kosten der I. verurtheilt werden. rat. 4.

5) Hat A. nicht als Commissionär, sondern als Mandatar des B. den C. mit dem Verkauf von Waaren beauftragt, und C. dem Auftrag des A. zuwider aus Versehen nicht diesem, sondern dem B. den Ertrag remittirt, so ist C. nicht

---

[1]) Nr. 1—4 sind die Rationen des OAG.; Nr. 5—11 ist aus den Gründen der vorderen I.; Nr. 12 aus denen des NG. entnommen.

berechtigt, denselben zurückzufordern, um A. wegen seiner Vorschüsse an B. zu befriedigen.

6) Das dem Commissionär und Mandatar wegen seiner Vorschüsse zustehende Retentionsrecht an der Waare geht mit Verlust der Detention verloren.

7) Rückforderung aus Nicht'schuld setzt entschuldbaren Irrthum voraus, und ein solcher ist nicht vorhanden, wenn C. welcher der Correspondenz nach an A. zuzahlen hat, an B. zahlt.

8) Die Condiction wegen Diebstahls ist nicht schon dann begründet, wenn der Empfänger wissentlich eine ihm nicht gebührende Schuld angenommen hat, sondern nur dann, wenn der Zahlende den Gegenstand der Leistung dem Empfänger nicht geben wollte, und dieses dem Letzteren bekannt war. Also nicht, wenn ein Consignatär dem Verkäufer der Waare zahlt.

9) Die Condiction wegen Ungrunds ist statthaft, wenn Etwas ohne Rechtsgrund in das Vermögen eines Andern gebracht oder der Anfangs vorhandene Rechtsgrund später hinweg gefallen ist.

10) Sind Vorschüsse auf Waaren deren Verkäufer vom Commissionär geleistet, und der Consignatär eines Theils jener Waaren zahlt den Erlös direct an die Masse-Curatoren des Verkäufers, so kann diese Zahlung von der Masse auf Grund einer Bereicherung nicht zurückgefordert werden.

11) In dem bloßen Auftrag, den Betrag einer Forderung einem Dritten zu zahlen, liegt keine Cession oder Delegation der Forderung an den Dritten.

12) Atteste eines Hamb. Notars dahin, daß Jemand Inhaber einer selbst überseeischen Firma sei, genießen beweisende Kraft, auch ohne Angabe des Grundes der Wissenschaft.

Niedergerichtsurtheil v. 27. Septbr. 1856.

Erwägend:

1) zum Legitimationspunkte: daß zwar in der unter der Vollmacht befindlichen Beglaubigungs-Urkunde des Hamb. Notars Dr. Schramm ein bestimmtes Zeugniß darüber vermißt wird, woher der attestirende Notar sammt den mitunterschriebenen beiden Zeugen ihre Wissenschaft über die Identität des Ausstellers der Vollmacht mit dem darin als Inhaber der klägerischen Firma Lüdemann Jüchter & Co. bezeichneten Kaufmann Andreas Hermann Henry Jüchter geschöpft haben, daß jedoch die allgemeine Rechtsvermuthung für die Legalität einer jeden öffentlichen Glauben genießenden Person bei ihren Amtshandlungen dafür streiten muß, daß der Comparent dem attestirenden Notar sowohl von Person, als auch in der angegebenen Firma hinreichend bekannt gewesen sei, und zwar im vorliegenden Falle um so mehr, als sich in der Replik die bestimmte, in der Duplik unwidersprochene Angabe findet, daß das Haus Lüdemann Jüchter & Co. in Tacna nur eine Commandite des Hauses S. H. Henry Jüchter & Co. in Hamburg und zudem der in Tacna etablirte Kläger ein Hamburger sei, unter diesen Umständen aber es kein weiteres Bedenken haben kann, die volle und pflichtmäßige Wissenschaft des Notars, welcher in seinem amtlichen Atteste den vor ihm erschienenen Aussteller der Vollmacht als Inhaber der bezeichneten Firma bestimmt einzeugt, in Ermangelung eines speciellen Zweifelsgrundes vorauszusetzen;

2) zum Cautionspunkte: daß die Höhe der von Kl. gleich bei Anstellung der Klage mit 10 ℛ︀. Courant deponirten Kostencaution dem hierselbst bestehenden Gerichtsgebrauche gemäß und für eine Erhöhung derselben zur Zeit und unter den obwaltenden Umständen kein besonderer Grund vorhanden ist;

3) in der Hauptsache: daß in Ansehung des Thatbestandes zwischen den Parteien Einverständniß darüber obwaltet, daß das klägerische Handlungshaus durch G. H. Lutze u. Co. in Hamburg im ausgesprochenen Auftrage und für Rechnung von Green & Co. hieselbst

eine Sendung von 15 Kisten Spanische Spielkarten in Consignation erhalten, und, nach geschehenem Verkauf der Waare, den Erlös in einem Wechsel von BM. 950. 10 Sch. auf J. T. Köpcke & Co. in Hamburg, im Januar d. J. an Green & Co., welche unterdessen fallirt hatten, eingesandt, nicht minder, daß der hiebevorige Güterpfleger Dr. jur. Krüger diesen Wechsel, der auf 3 Monat Sicht gezogen war, discontirt, auch den Betrag in den Nutzen der Masse verwandt hat;

daß dagegen der Beklagte sich über die Behauptung der Kl., wonach G. H. Lutze & Co. ihnen aufgetragen haben, den Werth der Verkaufsrechnung seiner Zeit an dieses Haus selbst zu remittiren, mit Nichtwissen erklärt hat,

daß Kl. aus diesen Thatsachen ihren Klaganspruch auf Herausgabe des fraglichen Wechsels oder Zahlung der Wechselsumme unter verschiedenen juristischen Gesichtspunkten ableiten, namentlich der Condictionen wegen Ungrunds, Nichtschuld und Diebstahls, und zwar des letzteren wegen wissentlicher Annahme einer Nichtschuld durch den damaligen Güterpfleger, endlich der Verwendung zum Nutzen und der Bereicherung der Masse mit dem Schaden der Kl., indem einestheils die Masse durch die Discontirung des Wechsels den Kaufpreis doppelt empfangen, welchen sie bereits mit anderen zur Consignation committirten Waaren von Lutze & Co. bis zur Summe von BM. 6070. 3 Sch. vorgeschossen erhalten hätte, anderntheils Kl., ihrem Versprechen gemäß und weil sie versehentlich den Wechsel an Green & Co. statt an Lutze & Co. eingeschickt, den Werth der Verkaufsrechnung nochmals an Letztere hätten zahlen müssen, wohingegen vom Bekl., freilich erst in der Duplik, behauptet wird, daß Lutze & Co. der Green'schen Masse mit BM. 7870 verhaftet und darauf BM. 6070. 3 Sch. von ihnen bezahlt seien, so daß sie der Masse annoch die Summe von BM. 1869. 13 Sch. schuldeten;

daß jedoch, auch wenn die entgegenstehende Klagbehauptung als richtig zu erweisen stände, die sämmtlichen angeführten Klaggründe als rechtlich unhaltbar und verwerflich erscheinen müssen, in Betracht nämlich, daß

a) anlangend die obgedachten Condictionen nach den Grundsätzen des heutigen Rechts aus einem Vertrage, welchen der Mandatar oder sonstige Stellvertreter ausdrücklich in fremdem Auftrage und für fremde Rechnung schloß, dem dritten gegenüber allein der Mandant oder sonstige Principal, nicht auch der Procurator berechtigt, wie auch jener allein zur Erfüllung des mandatsmäßig Versprochenen verpflichtet wird, dieser Grundsatz aber, durch welchen eben der strenge Formalismus des r. R. gebrochen und aufgehoben ist, insbesondere auch in dem heutigen Handelsrecht seine volle und ganz unzweifelhafte Anerkennung finden muß;

Glück, Comm. 14, S. 198 u. 266.

Mühlenbruch, Cession, 3. A., S. 147 u. Note 296. 297.

Thöl, Handelsrecht, 3. A., B. 1, S. 94 f. 107 ff.

Erk. d. OAG. zu Lübeck, bei S. 5, 13;

daß ferner aus dem bloßen Zahlungsmandate der Dritte, der Regel nach, weder gegen den Mandanten, noch gegen den Mandatar einen rechtlichen Anspruch erlangt,

Thöl, a. a. O., §. 118 z. E., S. 454, Not. 7,

woraus dann folgt, daß im Falle den Kl. der behauptete Auftrag zur Zahlung an Lutze & Co. für Rechnung von Green & Co. zugekommen sein sollte, aus solchem Auftrage für sich allein doch, insofern derselbe nur als von Green & Co. ausgehend und daher auch von ihnen, den zur Zahlung beauftragten Kl. gegenüber, jederzeit frei widerruflich betrachtet werden kann, für Lutze & Co. ein selbstständiges Recht auf Entgegennahme der Zahlung überall nicht zu behaupten steht,

daß sonach der Grundsatz: „repetitio nulla est ab eo „qui suum recepit“

l. 44 D. de cond. indeb. 12, 6. vgl. m. l. 11. l. 19, §. 1 eodem.

den Kl., als den mit der Zahlung Beauftragten, selbst dann entgegenstehen würde, wenn sie sich persönlich gegen Lutze u. Co. verbindlich gemacht hätten, die Zahlung nur an diese, nicht an Green & Co. direct zu leisten, da eine solche Verabredung doch jedenfalls für Letztere, weil mit

Dritten abgeschlossen, folglich, ihnen gegenüber, unmöglich die Wirkung haben konnte, daß sie den Betrag als eine Nichtschuld empfingen, welchen die Kl. ihnen, und nur ihnen, aus der Verkaufs-Consignation schuldig geworden waren;

vgl. Heise u. Cropp, Abh. 2, S. 354, Not. 19.; 394, Not. 90.

Thöl, a. a. O. S. 117. 451.

daß nun zwar Kläger eventuell aus dem behaupteten Umstande, daß sie in ihrem Briefe v. 4. Juli 1855, welchen sie offen durch Vermittelung von Lutze & Co. an Green & Co. gesandt, mit dem Verkauf der Waaren zugleich angezeigt hätten, wie sie, der empfangenen Ordre gemäß, den Erlös bei Verfall an Lutze & Co. remittiren würden, darauf aber keine Gegenordre von Green & Co. erhalten hätten, eine stillschweigend erfolgte Cession des Nettobetrages aus der Consignation von Seiten der Letzteren an Lutze & Co. herzuleiten versucht haben, in Folge welcher Cession Kläger in die rechtliche Nothwendigkeit versetzt gewesen wären, statt an Green & Co. lediglich an Lutze & Co. zu zahlen;

daß ferner zwar den Klägern zuzugeben ist, daß bei Consignations-Commissionen der vorliegenden Art, dem gewöhnlichen Hergange zufolge, der den Export besorgende Commissionär dem Consignanten auf die Waare Vorschüsse macht, und seine Sicherheit dafür bei dem Consignatar in dem Erlös für die Consigne sucht, es auch den Umständen nach alle Wahrscheinlichkeit für sich haben würde, daß in dieser Weise die Abwickelung des in Frage stehenden Consignations-Geschäfts ursprünglich zwischen den Betheiligten beabsichtigt und stillschweigend vorausgesetzt worden sei, wenn sich, wie Kläger behaupten, erweisen lassen sollte, daß Lutze & Co. an Green & Co. auf die exportirte fragliche Waare Vorschuß geleistet hätten, und der Auftrag, den sie durch Lutze & Co. erhielten, ausdrücklich dahin gegangen sei, den Werth der Verkaufsrechnung seiner Zeit an dieses Haus zu remittiren;

daß jedoch ein bestimmtes derartiges Abkommen, worin eine Ueberweisung der Forderung liegen möchte, als zwischen

Green & Co., den Consignanten, und Lutze & Co., den Consignations-Commissionären, getroffen weder in der Klage, noch in der Replik als Thatsache behauptet und folglich auch nicht zum Beweise zu verstellen ist, unter den vorliegenden Umständen aber in der angeblichen Ueberweisung der Forderung von Green & Co. an deren Consignations-Commissionäre Lutze & Co. nichts weiter als die Anerkennung eines Zahlungsmandats erblickt werden könne, woraus, auch wenn es von dem Beklagten zugestanden oder sonst zu erweisen wäre, doch einerseits dem Dritten, an welchen gezahlt werden sollte, kein rechtlicher Anspruch, und zwar so wenig gegen den Mandanten als gegen den Mandatar, zustehen würde, während andererseits das Revocationsrecht des Mandanten, so lange... die Zahlung noch nicht von dem Dritten geschehen ist, dadurch in keiner Weise ausgeschlossen sein würde;

Thöl, a. a. O. §. 117, S. 451.

daß aber jedenfalls die Annahme der Zahlung von Seiten des Gläubigers eine stillschweigende Zurücknahme des Zahlungsmandats, wenn solches überhaupt ertheilt oder anerkannt sein sollte, in sich enthalten und einem ausdrücklichen Widerruf völlig gleichstehen würde;

daß ferner auch eine Novation mittelst Veränderung des Gläubigers, so, daß der Schuldner einem Andern expromittirt, bekanntlich nur mittelst einer Delegation geschehen kann, indem der Gläubiger (als Delegant) seinen Schuldner (als Delegaten) dem Andern als Delegatar überweist, was natürlich ein allerseitiges vertragsmäßiges Uebereinkommen voraussetzt,

l. 2. C. de o. & a. 4, 10.

l. 11. C. de donat. 8, 54.

ein solches aber von den Klägern gar nicht behauptet ist, weshalb denn auch hier nicht die Rede davon sein kann, daß... durch ihre vermeintliche Expromission für Lutze & Co. bei Green & Co. als zugleich Gläubiger und Schuldner von Lutze & Co. und durch durch die stillschweigend erklärte Einwilligung in jene angebliche Expromission von Seiten Green & Co. das bestehende Schuldverhältniß novirt und die

Kläger, Green & Co. gegenüber, bereits vollständig liberirt gewesen seien;

daß nach allem diesem es, von Anderem abgesehen, schon an der Grundvoraussetzung der Condiction wegen Nichtschuld, wie auch der, anscheinend von den Klägern auch nur gegen den früheren Güterpfleger Dr. Krüger für dessen Person vorbehaltenen, gegen die Masse aber jedenfalls schon wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit nicht in Betracht kommenden Condiction wegen Diebstahls auf Grund seiner wissentlichen Annahme einer Nichtschuld — nämlich an der Nichtschuld — fehlt, womit denn auch die Condiction wegen Ungrunds sich von selbst erledigt;

b) anlangend die analoge Klage wegen Verwendung zum Nutzen, daß dieselbe, welche allerdings auf den Grundsatz der natürlichen Billigkeit gebaut ist, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern solle,

l. 10. §. 7. D de in rem verso. 15, 3.

zu Gunsten des dritten Gläubigers immer nur da stattfindet, wo die mit demselben contrahirende Mittelperson, ohne welche diese Klage überhaupt nicht gedacht werden kann, entweder als Mandatar die Mandatsklage, oder als bloßer Geschäftsführer die Klage aus der Geschäftsführung gegen den Prinzipal aus dem geschlossenen Geschäft würde anstellen können;

l. 3. §. 2. 4. 6. 10. l. 17. pr. D. 15, 3.

wonach dann erfordert wird, daß durch eine Mittelperson mit dem Dritten (Kläger) ein Geschäft zum Nutzen des Beklagten und in der Absicht, denselben dadurch verbindlich zu machen oder zu liberiren, ausgerichtet oder diese Absicht doch hinterher eingetreten und ausgeführt sei;

l. 2. §. ult. l. 3. §. 1 z. E. l. 7. §. 2. 45. D. 15. 3; l. 3. §. 5. l. 10. §. 10. D. 15, 3; l. 3. §. 7. D. de peculio. 15, 1; l. 7. pr. §. 1. l. 10. §. 2. l. 20. l. 21. D. 15, 3; l. 20. §. 1. D. 15, 3. l. 7. §. 1. C. quod cum eo qui in al. pot. 4, 2; l. 3. C. quando ex facto tut. 5, 39.

Glück, Comm. 14, S. 400—422.

Ruhstrat, Ueber Savigny's Lehre von der Stell=

vertretung, Oldenburg 1854. S. 25—36. S. 47—54 u. S. 59.

daß es für die Anwendung dieser Klage auf den vorliegenden Fall an allen Voraussetzungen fehlt, indem die Kl. nur für sich selbst, um sich zu liberiren, direct an Green & Co. dasjenige eingezahlt haben, was sie denselben aus der durch Lutze & Co. im Auftrage und für Rechnung von Green & Co. vermittelten fraglichen Verkaufs-Consignation schuldig geworden waren, die Kl. also hier nur als Selbstschuldner, nicht als Gläubiger aus jenem Geschäfte in Betracht gezogen werden können, zur Anstellung der Klage wegen Verwendung zum Nutzen aber begreiflich nur derjenige berechtigt sein kann, welcher aus dem mit dem Stellvertreter, einen Geschäftsführer mit oder ohne Auftrag, eingegangenen Contract zu fordern hat und diese Forderung gegen den Principal, Mandanten oder Herrn des Geschäfts, wegen der stattgehabten Verwendung in dessen wirklichem Nutzen geltend machen will;

daß im rechtlichen Sinne die Kl. auch gar nicht behaupten können, es hätten Green & Co. sich mit ihrem Schaden bereichert — (obgleich selbst dieser Umstand für sich allein und ohne hinzutretende Arglist zur Begründung eines Rechtsanspruches auf den Betrag der vermeintlichen Bereicherung keineswegs hinreichen würde, wie denn die Annahme Sell's

Versuche, Th. 1. Nr. 1. §. 15.

von der Statthaftigkeit einer dahin gerichteten Klage in factum bekanntlich längst auf das Gründlichste widerlegt ist) — indem Erstere den Letzteren nur gezahlt haben, was sie ihnen wirklich schuldig waren, und sich diesen gegenüber auf den zufälligen Umstand, daß sie sich persönlich gegen Lutze & Co. zur Zahlung an dieselben verpflichtet haben wollen, um so weniger berufen dürfen, als, wie bereits oben bemerkt, eine Mandatsüberschreitung darin gefunden werden muß, wenn derjenige, welcher zur Zahlung an einen Dritten beauftragt war, sich gegen denselben vinculirt und dadurch dem Revocationsrechte seines Mandanten präjudicirt;

daß aber auf den ferneren von den Kl. behaupteten

Umstand, welchen übrigens der Bekl. entschieden in Abrede gestellt hat, ob nämlich Green & Co. auf die fragliche Waare, wie auf andere Waaren, welche sie an Lutze & Co. zur Consignation committirt hatten, von diesen bereits einen Vorschuß von angeblich BM. 6070. 3 Sch. erhalten, und hiernach die Green'sche Masse durch die Discontirung des Wechsels den Kaufpreis doppelt empfangen habe, für die vorliegende Sache nichts ankommen kann, da dies einestheils für die Kl. ein Vorgang unter Dritten wäre, woraus diese für sich keine Rechte ableiten dürfen, anderntheils der zufällige Umstand, ob Lutze & Co. mit ihrem angeblichen Guthaben in der Green'schen Masse zur Perception kommen werden, für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses, wie es vorliegt, ohne alles rechtliche Gewicht bleiben muß;

daß ein sonstiger juristischer Gesichtspunkt, unter welchem die angestellte Klage aufrecht erhalten werden könnte, nicht erfindlich ist,

für Recht: Kl. sind mit ihrer unbegründeten Klage ab und zur Ruhe zu weisen, auch schuldig, dem Bekl. die veranlaßten Proceßkosten taxmäßig zu erstatten, und zwar innerhalb vier Wochen bei Vermeidung der Rechtshülfe.

Ober-Gerichts-Urtheil (J. F. Göttingen)[1] v. 2. Sept. 1858.

... Die Kläger haben ihre Beschwerden gegen das sie mit ihrer Klage abweisende NGU. v. 27. Sept. 1856 darin gesetzt:

[2] 1) daß wie geschehen erkannt und nicht vielmehr Bekl. sofort der Klagbitte gemäß verurtheilt worden; eventuell

2) daß nicht den Kl. der Beweis nachgelassen worden, daß G. H. Lutze & Co. den Kl. aufgetragen habe, den Werth der Verkaufsrechnung s. Z. an dieses Haus — Lutze & Comp. — selbst zu remittiren;

3) oder, daß nicht den Kl. der Beweis nachgelassen worden:

a) daß G. H. Lutze & Co. den Kl. aufgetragen

---

[1]) S. Nr. 398.

habe, den Werth der Verkaufsrechnung s. Z. an dieses Haus — Lutze & Co. — selbst zu remittiren, sowie

b) daß Lutze & Co. an Green & Co. auf die fragliche exportirte Waare Vorschuß geleistet habe;

4) daß nicht den Kl. der Beweis nachgelassen worden, daß der im Streit befangene Anspruch von Green & Co. an Kl. von Ersteren dem Handlungshause Lutze & Co. als Deckung für dessen Vorschüsse an Green & Co. [3] cedirt bzw. delegirt worden ist; endlich

5) daß Kl. in die Kosten erster J. verurtheilt worden seien.

Verklagter hat eine Adhäsionsbeschwerde dahin formirt: daß sein Antrag auf Erhöhung der Kosten-Caution verworfen und nicht vielmehr demselben gemäß die Kl. schuldig erkannt seien, vor weiterem Fortgange der Sache die bestellte Caution bis zur Summe von 150 M. zu erhöhen.

Die Beurtheilung der ersten, zweiten und dritten Beschwerde der Kl. hing von Beantwortung der Fragen ab:

1) ob nach den von Kl. behaupteten Thatsachen dieselben an Green & Co. zur Zeit, als sie ihnen den Wechsel über BM. 950. 10 Sch. zustellten, eine solche Summe nicht schuldeten, event.

2) ob ein Rechtsgrund vorhanden sei, [4] welcher die Kl. zur Rückforderung des Werthes des fraglichen Wechsels berechtige.

Zu 1. Die Kl. haben in ihrer Klagschrift angegeben, daß sie von G. H. Lutze & Co. in Hamburg mit einem Schreiben derseben vom 11. Sept. 1854 im ausgesprochenen Auftrage und für Rechnung der Herren Green & Co. in Lübeck ein Connossement über 15, mit dem Schiffe Louise, Capt. C. Trey, verladene Kisten spanische Spielkarten mit einer Consignationsfactura im Belauf von BM. 1022. 4 Sch. empfangen hätten. Dabei hätten G. H. Lutze & Co. den Kl. den Auftrag gegeben, den Werth der Verkaufsrechnung s. Z. an dieses Haus selbst zu remittiren. Nachdem die Waare eingegangen und verkauft worden, hätten Kl. am 4. Juli 1855 an G. H. Lutze & Co. einen offenen Brief für die Herren Green & C. in Lübeck

mit der Verkaufsrechnung übersandt, wonach [5] ein Nettobetrag von 400 Dollars 2 Cts., fällig am 4. Jan. 1856, erzielt wäre, und worin sie versprochen hätten, diesen Nettobetrag bei Verfall, der empfangenen Ordre gemäß, an die Adressaten G. H. Lutze & Co. zu remittiren. Als indessen der Werth der Verkaufsrechnung eingegangen war, hätten Kl. im Januar 1856 einen zur Ausgleichung desselben von ihnen auf J. F. Köpke & Co. in Hamburg über die Summe von BM. 950. 10 Sch. 3 Monate Sicht gezogenen Wechsel an Green & Co. eingesandt. Diese seien inzwischen fallit geworden, der Curator habe den Wechsel discontirt und den Erlös in die Masse verwandt. Da Kl. die consignirte Waare mit der Stipulation empfangen und acceptirt hätten, den Werth ihrer Verkaufsrechnung, wofern nämlich die Waare überall verkauft werden würde, an G. H. Lutze, nicht aber an Green & Co. zu bezahlen, so [6] seien sie den Letzteren überall nichts schuldig gewesen. Diese hätten auf die fragl. Waare, sowie auf andere Waaren, welche sie an Lutze & Co. zur Consignation committirt gehabt, von diesen einen Vorschuß von BM. 6070. 3 Sch. erhalten. Da nun der Consignationscommissionär erst durch den Verkauf der Waare und den Eingang des Preises seinem Committenten schuldig werde, so seien Lutze & Co. bis zum Eintritt dieser Bedingung Gläubiger von Green & Co. bis zum Belauf des Vorschusses gewesen. — „War — so fährt die Klage fort — die Bedingung, wie in concreto eingetreten, so hatte der Committent, hier Green & Co., den Kaufpreis, hier BM. 950. 10 Sch., schon empfangen." Die Masse habe daher durch die Discontirung des Wechsels den Kaufpreis doppelt empfangen und sich auf Kosten der Kl. bereichert. — Eventuell wurde behauptet, daß Kl. den Wechsel *versehentlich* an Green & Co. bzw. die Masse derselben [7] einschickten, weil sie die Consignation im Auftrage und für Rechnung von Green & Co. empfangen und nunmehr *übersehen*, daß sie dabei stipulirt hätten, den Erlös an Lutze & Co. zu bezahlen; Kl. hätten ihrem Versprechen gemäß den Werth der fragl. Verkaufsrechnung nochmals an G. H. Lutze & Co. bezahlen *müssen*; der Wechsel selbst sei gleichfalls eingelöst.

Diese Thatsachen ergeben keineswegs, daß Kl. an Green & Co. die fr. BM. 950. 10 Sch. nicht geschuldet hätten. Die Kl. sagen selbst, daß ihnen bei Zusendung der Spielkarten durch G. H. Lutze & Co. ausdrücklich geschrieben worden, daß diese Karten im Auftrage und für Rechnung der Herren Green & Co. in Lübeck verkauft werden sollten. Letztere sind also diejenigen, von denen die Veranlassung zu dem ganzen Geschäfte gegeben war, welche zu diesem Zwecke ein Mandat an G. H. Lutze & Co. ertheilt haben. Diese [8] gaben sich bei Zusendung der Karten an die Kläger mit der Verkaufsordre als Mandatare der ersteren deutlich und bestimmt zu erkennen, sie offeriren das Mandat den Klägern. Indem diese dasselbe annehmen, werden sie freilich ihren unmittelbaren Mandanten verhaftet, denn da diese ihren Mandanten für die getreue Ausrichtung des Mandats verhaftet sind, so haben sie ein Interesse dabei, daß ihre Mandatare das aufgetragene Geschäft gehörig ausrichten,

l. 8. §. 3. D. mandati. 17, 1.

nichtsdestoweniger aber auch ihren mittelbaren Mandanten — Green & Co. — für welche der Auftrag von ihren Mandanten ertheilt war. — Ob Green & Co. aus dem in ihrem Auftrage den Kl. gegebenen Mandate eine directe oder nur eine analoge Klage gegen die Kl. erworben, ist für den vorliegenden Rechtsstreit gleichgültig; an der Statthaftigkeit der letztern Klage [9] ist schon nach r. R. nicht zu zweifeln, viel weniger nach heutigem Rechte, welches bekanntermaßen dem Mandanten, in dessen Auftrage ein Geschäft ausgerichtet ist, jedenfalls ohne Klagabtretung und schlechthin, d. h. ohne Beschränkung auf den Fall der Noth, ein Klagerecht gegen den durch den Mandatar Verpflichteten gewährt.

Mühlenbruch, Cession. 3. a. S. 147.

Hatten demnach Green & Co. ein Klagerecht gegen die Kl. darauf, daß diese den Erlös der Spielkarten ihnen oder für sie einem bestimmt genannten Dritten zahlten, so wird man die unter 1 aufgestellte Frage jedenfalls verneinen müssen. — Die Kl. meinen nun freilich, daß sie, weil dem erhaltenen Auftrage gemäß das Kaufgeld an einen be-

stimmten Dritten, nämlich an G. H. Lutze & Co. gezahlt werden sollte, nur diesen, und nicht an Green & Co. zu zahlen verpflichtet gewesen seien. Allein Kl. haben keine Thatsachen [10] angegeben, aus denen abzuleiten wäre, das Recht auf den künftigen Erlös der consignirten Karten sei mit Ausschluß von Green & Co. den G. H. Lutze & Co. erworben. Denn aus ihren Behauptungen, es sei bei Ertheilung der Consignation ihnen sogleich mitgetheilt, daß sie den Erlös aus den im Auftrage und für Rechnung von Green & Co. zu verkaufenden Spielkarten an G. H. Lutze & Co. zu remittiren hätten, und sie, die Kl., hätten auch diesen Theil des Mandats acceptirt, folgt nichts weiter, als daß sie, die Kl., durch Green & Co. beauftragt seien, das diesen zukommende Kaufgeld an Lutze & Co. auszuzahlen. Dadurch erwarben letztere überall kein wider den Willen von Green & Co. rechtlicherweise zu exercirendes Recht; die Consignanten (Green & Co.) waren jederzeit befugt, diese die Person des Gelderhebers betreffende Mandatsbestimmung zu contremandiren. Anders würde sich die Sache [11] verhalten, wenn der Consignationscommissionär den Klägern nicht bloß mitgetheilt hätte, daß das Provenu aus dem Verkauf der Spielkarten ihm zu remittiren sei, sondern wenn er in Gemäßheit einer ihm etwa ertheilten Ordre des Consignanten von dem Consignator gefordert hätte, daß dieser ihm gegenüber eine selbstständige Verpflichtung, z. B. durch Accept eines auf ihn trassirten Wechsels oder durch Accept einer gezogenen Anweisung, übernähme. Nun sprechen zwar Kl. von einer Stipulation in Betreff solcher Verpflichtung, wodurch sie an G. H. Lutze & Co. zu zahlen genöthigt gewesen seien; allein es leuchtet ein, daß sie unter dieser Stipulation nichts weiter verstanden haben, als die stillschweigend ihrerseits erfolgte Acceptation der ihnen durch Lutze vermittelten Green'schen Mandatsofferte.

Außer auf diese durch Erfüllung eines Theils des Auftrags zu erkennen gegebene Annahme des ganzen Inhalts des ertheilten Mandats, berufen sich Kl. noch auf einen von ihnen geschriebenen Brief an die Herren Green & Co. in Lübeck vom 4. Juli 1855, in welchem sie letzteren ver-

sprochen hätten, den erzielten Nettobetrag von 400 Dollars 2 Cts., fällig am 4. Jan. 1856, der empfangenen Ordre gemäß an G. H. Lutze & Co. zu remittiren. Aus dem Schreiben der Consignanten auf diese Anzeige der Kl. durften letztere mit Entschiedenheit ableiten, daß es noch jetzt dem Willen der Consignanten entspreche, daß der erzielte Nettobetrag statt an die Committenten selbst, an die Consignations-Commissionäre gezahlt werde; sie würden darum durch eine an diese erfolgte Zahlung zweifelsfrei liberirt worden sein, aber sie blieben bis zur Zahlung immer noch den Committenten, deren Auftrag an sie vermittelt und von ihnen ausgeführt war, obligirt. — Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der ebengenannte Brief [13] an Green & Co. unverschlossen den G. H. Lutze & Co. zur Beförderung an jene durch die Kläger zugestellt war. Man kann darin die stillschweigende Ermächtigung für die Vermittler finden, von dem Inhalte des Briefes Kenntniß zu nehmen; durch diese Kenntnißnahme konnten sie denn auch erkennen, wie die Kl. fortwährend geneigt waren, das Provenu aus dem angeführten Verkaufe ihnen der ursprünglichen Ordre gemäß zu remittiren. Diese Geneigtheit ist aber keineswegs identisch mit einer durch G. H. Lutze & Co. erzwingbaren Verpflichtung; Green & Co. konnten noch jetzt contremandiren, ebenso konnten Kl., wie sie gethan, direct an die Consignanten, statt an den Consignationscommissionär zahlen. — Appellanten verkennen selbst nicht, daß nach den Principien des r. Obligationen-Rechts dieses Resultat erzielt werde; sie legen aber großes Gewicht darauf, daß es sich hier nicht um ein einfaches Consignations-Geschäft, sondern um [14] ein combinirtes Consignations- und Vorschuß-Geschäft handle. In Bezug auf solches führen sie an: „Die Fabrikanten und kleineren Händler des Inlandes pflegen sich an die großen Exporteure der Seestädte zu wenden, und durch Vermittelung derselben eine Partie ihrer Waare an deren — der Exporteure — überseeische Filialhäuser oder Correspondenten zu consigniren. Meistens nun nehmen die Eigenthümer der Waare zugleich Vorschüsse darauf von den Exporteuren, und begeben sich damit — wie

in der Natur des Rechtsverhältnisses liegend — zugleich der freien Disposition über ihre Waare. Die Waare dient dann, und soll nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft der Parteien dem Vorschußgeber als Pfand dienen. Sie kann deshalb nicht mehr vom Eigenthümer willkürlich an einen Dritten consignirt werden, sondern der Eigenthümer hat sich [15] hierüber mit dem Vorschußgeber zu verständigen, damit die Waare nur in solche Hände gelange, denen der letztere genügendes Vertrauen schenkt, um ihnen sein Pfand zu übergeben. Durch diese eigenthümliche Natur des Vorschußgeschäfts erklärt sich auch sofort als selbstverständlich die Verpflichtung der Consignatärs zur Zahlung an den Vorschußgeber. Denn durch den Verkauf wird nicht die Natur des Pfandes gewechselt, sondern nur die Natur des verpfändeten Objects, d. h. der Werth tritt an Stelle der Waare. An dies erlöste Geld aber hat dem Consignatär gegenüber nur derjenige Anspruch, der ihm die Waare übergeben hat."

Diesen Angaben über die Natur des Consignations- und Vorschußgeschäfts fehlt jede rechtliche Grundlage. Der vom Consignations-Commissionär dem Committenten auf die exportirte Waare gegebene Vorschuß hat den Charakter eines [16] Darlehns, wegen dessen jedoch der Gläubiger seine Befriedigung erst nach Abwickelung des Commissionsgeschäfts erhalten soll. Wegen dieses Vorschusses hat der Commissionär allerdings nicht bloß die dem Mandatar zustehenden Ansprüche auf übliche Verzinsung, sondern es wird ihm auch in den deutschen Handelstädten, namentlich in Lübeck, Hamburg, Bremen, Frankfurt, Leipzig, ein so ausgedehntes Retentions-Recht an den committirten Waaren wegen seiner Vorschüsse gegeben, daß er mit diesem den privilegirtesten Pfandgläubigern vorgeht, nicht genöthigt ist, bei ausbrechendem Concurse über das Vermögen seiner Committenten die noch vorhandenen committirten Waaren zur Concursmasse abzuliefern, welche vielmehr nur einen Anspruch hat auf die nach erfolgtem Verkaufe und vorgängiger Deckung des Commissionärs verbleibenden Ueberschüsse.

Thöl, Ausg. EG. [17] d. OAG. d. 4 fr. St. D., Gött. 1857, S. 207. 208.

Dieses Retentionsrecht geht auch dadurch nicht verloren, daß der Commissionär behuf des Verkaufs der committirten Waaren dieselben exportirt, um sie an einem fremden Orte verkaufen zu lassen. Der Zweck dieser auch außerhalb Deutschlands, z. B. in England und Frankreich, anerkannten besonderen Rechte des Verkaufscommissionärs besteht darin, daß Letzterer dadurch in den Stand gesetzt werden soll, dem Committenten auf die zum Verkauf eingesendete Waare mit völliger Sicherheit die Vorschüsse zu machen, deren der Committent häufig nicht entbehren kann. Daraus folgt aber nicht, daß dem Commissionär, welcher sorgloser Weise oder im Vertrauen auf die Solvenz seines Committenten sich in die [18] Lage versetzt hat, von jenem Retentionsrechte keinen Gebrauch machen zu können, nun durch irgend welche andere Ausnahmen vom regelmäßigen Rechte geholfen werden müsse und dürfe. Der exportirende Commissionär kann, wenn er sein Vorzugsrecht salviren will, die von ihm weiter zu gebende Verkaufscommission auf seinen eigenen Namen vornehmen, oder sie, ohne seine Committenten zu benennen, auf Rechnung „derer, die es angeht," ertheilen, er behält dann die volle Dispositionsbefugniß über die Waaren, nach Verkauf derselben über den Erlös, aus welchem er sich vor allen Creditoren Befriedigung verschaffen darf. Er würde dieses Recht selbst dann behalten, wenn er zwar seinem Commissionär mittheilt, welche Personen Eigenthümer der exportirten Waaren seien, wenn er nur daneben dafür sorgt, daß nicht die genannten Eigenthümer aus dem von ihm ertheilten Mandate die [19] Berechtigten werden, sondern daß ihm allein die Disposition über die Waare und demnächst über den Erlös bleibe. Ein solcher Fall ist der von den Appellanten in Bezug genommene, welcher in der Hamb. S. 2, p. 1038 mitgetheilt ist. Die damaligen Kl. geben den Verkl. Vorschüsse auf eine nach Batavia zu machende Consignation, empfangen von ihnen schriftliche Instruction über die Modalitäten des vorzunehmenden Verkaufs. Die Kläger senden darauf die consignirten Waaren nach Batavia, zwar unter Anschluß der von den Verkl. erhaltenen Instruction, aber ohne daß für diese

die Commission gegeben wird. Dies ergiebt sich aus den Worten (S. 1039) „im obligatorischen Nexus standen sie (Consignatäre in [20] Batavia) nur mit den Kl.; diesen hatten sie das eventuelle Provenu zu remittiren, und den Weisungen der Bekl. durften sie nur so weit Folge leisten, als sie von den Kl. hiezu autorisirt wurden. Alles dies zu dem angegebenen Zwecke der Deckung der Kl. für ihren Vorschuß." — Wie ganz anders war im jetzigen Rechtsfalle von G. H. Lutze & Co. den Kl. gegenüber verfahren! Jene geben diesen die Consignation im ausgesprochenen Auftrage und für Rechnung von Green & Co., contrahiren daher durch die dem Consignatär ertheilte Commission nicht für sich, sondern für ihre Committenten, erklären dabei — aber wieder nicht für sich, sondern für ihre Committenten —, das Provenu der Consigne sei an G. H. Lutze & Co. zu remittiren. Dabei ist der Zweck der Deckung der Kl. für ihren Vorschuß auch nicht im Entferntesten angegeben; kurz, es ist nichts weniger als Alles unterlassen zur Sicherstellung der [21] Consignations-Commissionäre für ihre geleisteten Vorschüsse. — Eben so wenig wie in diesem U. irgend etwas zur Unterstützung der von den Appellanten aufgestellten Theorie vorkommt, ist dafür etwas aus den Hamb. S. 2, 892—895 abgedruckten E.G. zu entnehmen. Auch in diesen wird alles Gewicht darauf gelegt, „ob nach der producirten Correspondenz der Cedent des Kl. die dem Bekl. gemachte Consignation nur im eigenen Namen, oder in solchem und als Mandatar anderer Mitinteressenten gemacht habe;" und nur deshalb, weil sich ersteres aus der Correspondenz ergab, wurde zu Gunsten des Kl. erkannt. — Darin kann man den Appellanten wohl beistimmen, daß die Eigenthümer der consignirten Waaren, sobald sie dieselben gegen einen vom [22] Consignations-Commissionär gegebenen Vorschuß diesem eigenhändigen, nun nicht mehr frei, d. h. in der Art darüber ohne Zustimmung des Vorschußgebens verfügen können, daß diesem sein Retentionsrecht entzogen würde. Man kann ihnen auch darin beistimmen, daß dieses Recht nicht bloß auf die Waare, sondern nach Verkauf derselben auch auf den Erlös sich beziehe. So

wie aber jedes Retentionsrecht durch die Fortdauer der Detention des zu retinirenden Objects bedingt ist, und nach Aufhören dieser Detention verloren geht, so ging auch das Retentionsrecht von G. H. Lutze & Co. dadurch verloren, daß sie überall keine genügende Fürsorge dafür getroffen hatten, daß sie wegen ihrer Vorschüsse durch die eingehenden Kaufgelder gedeckt wurden. Denn der im Auftrage eines Andern den Kl. gegebene Auftrag, ihnen das Geld zu remittiren, konnte hierzu, weil ihnen selbst [23] daraus kein selbstständiges Recht erwuchs, nicht ausreichen. — Dürfte man übrigens auch der klägerischen Theorie vom Vorschuß- und Consignations-Geschäft, obwohl derselben jede Berechtigung abzusprechen ist, beitreten und demnach annehmen, Green & Co. seien gar nicht forderungsberechtigt gegen die Kl. gewesen, so würden dennoch die ersten drei Beschwerden derselben zu verwerfen gewesen sein, weil auch die

zweite Frage, ob ein Rechtsgrund vorhanden sei, welcher die Kl. zur Rückforderung des Werths des fraglichen Wechsels berechtigte, verneint werden mußte.

Die Kläger haben vier verschiedene Rechtsgründe in ihrer Klagschrift angedeutet, die Condictionen wegen Nichtschuld, wegen Ungrunds, Diebstahls und die [24] Bereicherungsklage. Allein die Voraussetzungen keiner dieser Klagen sind hier vorhanden.

Die Condiction wegen Nichtschuld setzt, wie dies aus den allgemeinen Grundsätzen über den Irrthum sich ergiebt, einen entschuldbaren Irrthum voraus.

> Unterholzner, Lehre v. d. Schuldverh. 2. S. 36. 37. Note a.
>
> v. Savigny, System d. heut. r. R. 3. S. 333. Note d. e.

Der Irrthum, auf den die Kl. sich berufen, soll nun darin bestehen, daß sie es übersehen hätten, wie sie von Lutze & Co. angewiesen seien, den Erlös ihnen zu remittiren, und wie sie selbst durch stillschweigende Annahme des Auftrags, sowie durch ihr nach beendetem Verkaufe an Green & Co. gerichtetes, an Lutze & Co. offen überschicktes

Schreiben vom [25] 4. Juli 1855 zu dieser Zahlung an Lutze & Co. sich verpflichtet hätten. Ein solches Uebersehen oder Versehen würde hier schlechterdings unentschuldbar sein, da Kl. den Acten nach über jene Consignation nur die von ihnen angegebene, aus zwei Briefen bestehende Correspondenz geführt hatten, diese also sich leicht erfassen ließ, in jedem der beiden Briefe die Zahlung an Lutze & Co. begehrt und bzw. zugesagt war; dieser Irrthum über eigene Handlungen und Wahrnehmungen erscheint als eine so bedeutende, ein grobes Verschulden involvirende Sorglosigkeit, daß man einem Handlungshause solche kaum zutrauen kann, vielmehr sich fast zu dem Glauben versucht fühlen muß, es werde der Zahlung an Green & Co. ein anderer Beweggrund untergelegen haben.

Die Condiction wegen Diebstahls wird von mehreren Schriftstellern für zulässig erachtet, wenn der Empfänger [26] wissentlich eine ihm nicht gebührende Schuld angenommen habe

Unterholzner, a. a. O. S. 39.

obwohl der richtigen Ansicht nach sie nur unter der Voraussetzung begründet ist, daß der Zahlende das Object der Leistung dem Empfänger gar nicht geben wollte, und dies dem Letzteren bekannt war. Kl. haben zur Begründung dieser Condiction nichts weiter angeführt, als dies: Green & Co. hätten die Kl. überall nicht für die fragliche Waare debitirt, der Güterpfleger habe daher beim Empfange des Wechsels wissen müssen, daß seiner Masse diese Zahlung überall nicht gebührte; nichtsdestoweniger habe er sich beeilt, den Wechsel zu discontiren und den Erlös in die Masse zu verwenden. Wenn nun aber aus dem Umstande, daß die Cridare den Kaufpreis für die Spielkarten nicht den Kl., sondern ihren [27] Consignations-Commissionären in ihren Büchern zur Last gesetzt haben, der Curator keineswegs zu der Ansicht bestimmt werden konnte, ihm gebühre jener Kaufpreis nicht, wenn er von den Consignatären selbst, sondern nur, wenn er von den Commissionären ihm berichtigt würde, indem der Gläubiger eine ihm gebührende Zahlung von Jedem annehmen darf, ja sogar, wenn er nicht einen Verzug im

Empfang sich zu Schulden kommen lassen will, annehmen muß, sofern nur der Zahlende dispositionsfähig ist

v. Madai, Lehre v. d. Mora. S. 246. 247.

Wolff, Zur Lehre v. d. Mora. S. 424. 425.

so kann nicht behauptet werden, daß der Curator wissentlich eine Nichtschuld angenommene habe, noch viel weniger würde sich die Ansicht rechtfertigen, der Curator habe den Wechsel angenommen, wissend, daß derselbe für den Cridar gar [28] nicht bestimmt gewesen sei.

Die Condiction wegen Ungrunds ist bekanntlich statthaft: a) wenn etwas ohne Rechtsgrund in das Vermögen eines Andern gebracht ist, b) wenn der Anfangs vorhandene Rechtsgrund später wieder weggefallen ist. — Appellanten glauben aus dem ersten Grunde zu dieser Condiction berechtigt zu sein. Dies ist aber irrig, da sie in der Absicht, eine Schuldforderung zu tilgen, den fraglichen Wechsel an Green & Co. eingesandt haben. Existirte diese Schuld nicht, so waren sie unter Voraussetzung eines entschuldbaren Irrthums zwar zu einer Condiction, aber nur zu der Condiction wegen Nichtschuld, berechtigt. Eher könnte man glauben, es sei hier aus dem zweiten Grunde die fragliche Condiction statthaft. Anfangs, so könnte man deduciren, seien Kläger [29] die 950 M. 10 Sch. an Green & Co. schuldig gewesen; da sie aber später denselben Betrag an G. H. Lutze hätten entrichten müssen, die die empfangene Summe für Rechnung jener erhalten hätten, so sei nunmehr die erstgeleistete Zahlung ohne Grund in den Händen des Curators. Allein auch diese Deduction ist vollkommen unhaltbar. Wird hierbei nämlich supponirt, Kl. seien Anfangs jene Summe an Green & Co. schuldig gewesen, so wurde der Zweck der Zahlung — Tilgung der Green'schen Forderung — so vollständig erreicht, daß das spätere Ereigniß — die angebliche Zahlung, welche Kl., wie sie meinen, an G. H. Lutze hätten leisten müssen — auf dieses Resultat völlig einflußlos bleiben muß. Unter jener Voraussetzung würde nur die zweite von G. H. Lutze geschehene Zahlung als die einer Nichtschuld sich darstellen.

[30] Auch der Bereicherungsklage fehlt es — abgesehen von der Frage ihrer Zulässigkeit überhaupt — an

den nöthigen factischen Voraussetzungen. Zur Zeit, als der Curator für die falliten Green & Co. den Wechsel als Rimesse für die Consigne erhielt, hatten die Cridare eine Bezahlung für letztere noch nicht empfangen, sondern nur Vorschüsse von ihren Consignations-Commissionären. Diese mußten und müssen sie noch jetzt den Letzteren mit den üblichen Zinsen ersetzen. Sobald dieser Ersatz geleistet ist und dann die Commissionäre die von ihnen angeblich erhobenen 950 M. 10 Sch. zur Concursmasse einzahlen, würde diese allerdings, wenn sie dieselben nunmehr nicht an die Kl. herausgäbe, mit dem Schaden derselben ohne Rechtsgrund sich bereichern und diese würden dann, zwar nicht den Wechsel, [31] aber diese nachträglich eingekommenen 950 M. 10 Sch., und wenn auch nicht mit der actio in factum wegen Bereicherung, doch mit der Condiction wegen Ungrunds aus der Concursmasse abfordern dürfen. So lange aber dieser Ersatz von den Commissionären nicht geleistet worden, ist eine Bereicherung der Masse überhaupt nicht vorhanden.

Die vierte Beschwerde mußte verworfen werden, weil die Behauptung einer geschehenen Cession oder Delegation in der Klagschrift gar nicht aufgestellt ist, auch in der Replik und in der A.-Rechtfertigung nur aus den oben angegebenen Thatsachen deducirt wird, daß darin eine Cession oder Delegation liege, diese Deduction aber jeder rechtlichen Begründung ermangelt. — Die Appellanten verwechseln auch hier, wie in den früheren [32] Deductionen, die Möglichkeit dessen, was hätte geschehen können, mit der Wirklichkeit des Geschehenen. Der Unterschied zwischen Zahlungsmandat einerseits und Cession und Delegation andererseits wird von ihnen völlig verwischt. Es ist nach den eigenen Angaben der Appellanten nichts weiter vorgekommen, als daß ihnen in dem mit dem Connossement zugesandten Briefe von G. H. Lutze im ausgesprochenen Auftrage von Green & Co. das Mandat ertheilt worden, die Spielkarten zu verkaufen und den Erlös an G. H. Lutze zu remittiren. Dies Mandat haben sie angenommen, auch nach dem Verkaufe in einem Schreiben an Green & Co. diesen angezeigt, daß sie der empfangenen Ordre gemäß den Erlös der Consignation an Lutze

seiner Zeit remittiren würden. Green & Co. haben hierzu geschwiegen, auch die Spielkarten nicht in das Debet der Kl., sondern [33] ihrer Consignations-Commissionäre gesetzt. — In diesen Thatsachen soll eine Ausscheidung dieses Erlöses zu Gunsten von G. H. Lutze liegen, eine Cession, und, weil Kl. an diese zu zahlen übernommen hätten, eine Delegation. Vermißt wird dabei nichts weniger als

1) ein zwischen Green & Co. und Lutze geschlossener Vertrag, durch welchen die Forderung aus dem von Kl. übernommenen Auftrage dem Letzteren abgetreten wäre,

2) die Anzeige einer solchen Abtretung an die Kl.

Erst wenn diese beiden Thatsachen vorgekommen wären, und dann Kl. den Cedenten gezahlt hätten, würden sie eine Nichtschuld entrichtet haben; dies würde ihnen aber auch nicht nützen, um ihre erhobene Klage aufrecht erhalten zu sehen, da es dem Obigen [34] nach an einem entschuldbaren Irrthume fehlt. — Um eine Delegation anzunehmen, hätten Green & Co. den Kl. den Auftrag geben müssen, an G. H. Lutze ein Versprechen zu geben.

Thöl, Handelsr. 1. §. 128.

Nach jenen Angaben haben Green & Co. aber den Kl. bloß den Auftrag ertheilen lassen, eine Zahlung an Lutze & Co. zu machen, nicht aber diese Zahlung ihnen zu versprechen. Diesem Mangel der Delegation hätte dadurch abgeholfen werden können, daß Kl. an Lutze & Co. dieses Versprechen, an sie zu zahlen, geleistet hätten, und dieser das empfangene Mandat überschreitende Act von den Mandanten genehmigt wäre. Aber nirgends findet sich die Behauptung, Kl. hätten sich gegen Lutze u. Co. zu einer ihnen zu leistenden Zahlung selbstständig verpflichtet. Denn in der stillschweigenden [35] Annahme des erhaltenen Auftrags lag nur die Verpflichtung, dem Auftrage gemäß — der stets widerrufen werden konnte — an Lutze zu zahlen; und in dem Schreiben der Kl. an Green lag auch nichts weiter als die Zusage, der Ordre gemäß, die Zahlung an jene (Lutze & Co.) s. Z. zu beschaffen. Dadurch, daß dieser Brief offen den Commissionären zur Besorgung zugesandt wurde, entstand keine

selbstständige Berechtigung der Letzteren, die Zahlung von den Kl. zu fordern. Abgesehen davon fehlt es durchaus an der Absicht zu noviren, durch welche erst der Delegation die Wirkung der Aufhebung einer zwischen dem Deleganten und dem Delegaten bestehenden Obligation beigelegt wird;

Thöl, a. a. O. S. 481 u. Note 8.

ja diese Absicht, zu noviren, hätte deutlich und bestimmt zu erkennen gegeben werden müssen

l. ult. Cod. de nov. et deleg. 8, 42.

[36] indem sonst die zwischen den Consignanten und dem Consignatar bestehende Verbindlichkeit stehen geblieben sein würde. — Uebrigens würde es selbst beim Vorhandensein einer Delegation, wie früher gezeigt worden, an einem Rechtsgrunde zu gegenwärtiger Klage mangeln.

Waren demnach die Beschwerden 1—4 zu verwerfen, und das angefochtene Erkenntniß, welches die Klage abgewiesen hat, zu bestätigen, so lag auch kein Grund vor, weshalb Kl. nicht in die Proceßkosten zu verurtheilen gewesen wären, womit denn auch die fünfte Beschwerde ihre Erledigung findet. Folge der Verwerfung sämmtlicher Beschwerden mußte die Verurtheilung der Kl. in die Kosten der AI. sein. Davon waren nur die Kosten der Actenversendung auszunehmen, da diese auf Grund der Bekanntmachung [37] vom 28. Juni 1851 erfolgt ist, und dann nach §. 6 derselben auf Staatskosten geschieht.

Die Adhäsionsbeschwerde des Appellaten war aus einem formellen Grunde zu verwerfen. Der Appellat ist nämlich nur befugt, gegen solche Bestimmungen[1]) eines Urtheils eine Adhäsionsbeschwerde aufzustellen, welche auch vom Appellanten angefochten sind.

Gönner, Hdb. d. deutschen gem. Proc. 3, 57. §. 24.

Die Entscheidung über das Gesuch des Verklagten um Erhöhung der Caution für die Proceßkosten ist von den Appellanten nicht angefochten, hätte demnach mit einer selbstständigen Appellation und nicht mit einer accessorischen Adhäsionsbeschwerde angefochten werden müssen. — Da übrigens

[1]) „Theile," OAGO. §. 135. Bek. 13. Aug. 1831. Jetzt CPO. §. 114.

der gestellte Antrag auf Erhöhung der Kostencaution in jeder J. statthaft, auch der Antrag auf Erkennung solcher Erhöhung bis zur Summe von [38] 150 Mrk. genügend motivirt ist, so hat demselben im Urtheile deferirt werden müssen. ....

Ober-Appellations-Gerichts-Urtheil.

Bestätigung aus den Gründen des angefochtenen Erkenntnisses, unter Beifügung der im „Inhalt" mitgetheilten Rationen.

---

## 409. Derlien w. Lüb.-Büch. Eis.-Ges., A. 22. Oct. 1859. B. 29. Febr. 1864. D155S;180Z.

Ein langjähriger Rechtsstreit, in welchem auf Grund einer bei der Enteignung von Grundstücken von der L. B. E.-G. 1850 übernommenen Verpflichtung, eine neu angelegte Tränke zu vertiefen, und wenn dadurch eine gehörig wasserhaltende Tränke nicht erlangt würde, weitere Vereinbarung mit dem Enteigneten zu treffen, von diesem die Erfüllung jener Verpflichtung erstrebt ward.

---

## 410. Stuhlmacheramt w. Boldt i. B. des Tischleramts, 27. Oct. 1859. S568R.

1) Das Stuhlmacheramt ist dem Tischleramt gegenüber zur Verfertigung von Stühlen von gestemmter Arbeit ausschließlich berechtigt; es concurrirt dagegen mit dem Tischleramt bei anderen zum Sitzen bestimmten Mobilien selbst dann, wenn sie von gestemmter Arbeit sind.

2) Ob die im Parquet eines Theaters angebrachten Sitze als einzelne Stühle anzusehen sind, ist eine technische Frage.

[2] Nach früheren Entscheidungen des OAG. (Nr. 275. 276.) steht nur so viel fest, daß das Stuhlmacheramt dem Tischleramt gegenüber zur Verfertigung von Stühlen von gestemmter Arbeit ausschließlich berechtigt ist, daß dagegen bei anderen zum Sitzen bestimmten Mobilien, selbst wenn sie von gedachter Arbeit sind, die Tischler mit den Stuhlmachern concurriren.

Es haben daher in der gegenwärtigen Sache die Kl. ihren Anspruch auf Entschädigung wegen des ihnen entzogenen Arbeitslohnes lediglich darauf gegründet, daß der Bekl. im Parquet des neuen Theaters 147 Lehnstühle angefertigt

habe, auf die Verfertigung solcher Lehnstühle ihnen aber ein Verbietungsrecht zustehe, indem sie... [3] geltend machten, daß jeder einzelne Sitz gleich jedem andern Stuhl in allen einzelnen Theilen für sich allein angefertigt und dann erst zusammengesetzt zu einer beliebigen Reihe hingestellt und befestigt worden, mithin nur eine Reihe einzelner, zusammen befestigter Stühle vorhanden sei, von denen jeder, von unten bis oben von dem nebenstehenden durch Füße, Seitentheile und Anlehnen getheilt, ganz getrennt vom andern dastehe... Da nun aber die vom WG. vorgenommene Besichtigung und das von den Kl. selbst producirte Modell die von ihnen aufgestellte Behauptung nicht bestätigt, sondern vielmehr ergeben hat, daß immer zwei Sitze ein Seitenstück [4] und eine Anlehne gemeinsam haben, so können sich die Kl. schon aus diesem Grunde

1) darüber... daß das WG. ihnen überall noch einen Beweis des von ihnen behaupteten Verbietungsrechts auferlegt und nicht sofort der Klagbitte gemäß erkannt habe nicht beschweren.

Zwar dürfte daraus, daß die Kl. auf Verfertigung von Stühlen von gestemmter Arbeit ein ausschließliches Recht haben, ohne Weiteres zu folgern stehen, daß dies Recht auch auf die Verfertigung solcher zum Sitzen bestimmter Mobilien sich erstreckt, welche aus der Combination einer Mehrheit von einfachen Stuhlsitzen bestehen, z. B. der sog. dos-à-dos-Stühle, indem nicht constirt, daß sich ihr Verbietungsrecht auf die [5] Anfertigung einfacher Stühle beschränkt... Wären daher die jetzt streitigen Sitzgestelle nach ihrer Construction wirklich für eine Mehrheit von Stühlen zu achten, so würde es, da die Bestimmung jedes einzelnen Sitzes zur Individualbenutzung schon jetzt klar vorliegt, keine Bedenken haben können, das ausschließliche Recht der Kl. anzuerkennen. Denn daraus, daß die Reihen dieser Sitze an den Boden angeschroben sind, ja an den vorderen Reihen der Sitzgestelle Fußbretter für die hinteren Reihen, und an den einzelnen Sitzbrettern Eisengewichte angebracht sind, kann... ebenso wenig ein Bedenken hergenommen werden, als daraus, daß die einzelnen zusammenhängenden Reihen der [6] Sitzgestelle,

so wie sie erst im Theater zusammengesetzt sind, auch factisch, ihrer Integrität unbeschadet, ohne große Schwierigkeit sich nicht dürften transportiren lassen können... Ob aber diese einzelnen Sitzgestelle ihrer ganzen Construction nach, namentlich bei den... besonderen Abweichungen derselben von gewöhnlichen Stühlen, z. B. dem... Fehlen des Hinterriegels, für Stühle, und also in ihrer Verbindung mit einander für eine Mehrheit von Stühlen zu achten seien, das ist eine technische Frage, die vom Richter nicht beantwortet werden kann...

[7] Dagegen mußte anderseits

2) eine reine Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses bedenklich erscheinen. — Das WG. hat nämlich den den Kl. auferlegten Beweis dahin gefaßt:

„daß ihrem Amte auf die Verfertigung von Sitzgestellen solcher Art, wie die jetzt streitigen sind, den Tischlern gegenüber ein ausschließliches Recht zustehe."

Nach der obigen Ausführung würde es nun genügen, wenn die Kl. nur durch ein Gutachten Sachverständiger darthun, daß die fraglichen Sitzgestelle für eine Mehrheit von Stühlen zu achten seien. ... [8] Es empfahl sich demnach, im Anschluß an die von den Kl. in dieser J. aufgestellte zweite Beschwerde, dahin gehend, daß nicht mindestens ihnen der Beweis, daß Sitzgestelle der streitigen Art als Stühle zu achten und zu bezeichnen, nachgelassen sei, ... den Kl. alternativ neben den vom WG. ihnen auferlegten, einen desfallsigen Beweis freizulassen....

---

## 411. Unv. Dose w. v. Duhn, 7. Nov. 1859. D156R.

Die Behauptung, daß ein ehemaliger Cridar, welcher zur RWohlthat der Güterabtretung gelassen ist, wieder zu Vermögen gekommen sei, gehört, wenn nicht zum Klaggrund des bereits im Debitverfahren oder erst jetzt aufgetretenen Gläubigers, jedenfalls, nach vorgeschützter Einrede aus der Güterabtretung, zu dessen Replik.

rat. 1. Nach völlig klaren Bestimmungen des r. R. steht Demjenigen, welcher zur Güterabtretung zugelassen ist, außer der Befreiung von persönlichem Arreste, selbst nach beendigtem Debitverfahren, seinen früheren Gläubigern gegenüber, mögen sie sich nun in den Concurs eingelassen haben oder nicht, das doppelte Recht zu:

a) nicht von ihnen gerichtlich angesprochen werden zu können, so lange er nicht wieder Vermögen von einiger Bedeutung (non modicum) erworben hat,

b) wenn dies der Fall ist, verlangen zu können, nur in quantum facere potest condemnirt zu werden,

§. ult. J. de replicationibus. 4, 14. vergl. m.
§. ult. J. de actionibus. 4, 6.
l. 17. pr. D. de receptis. 4, 8.
l. 4. §. 1, l. 6, 7. De cessione bonorum. 42, 3.
l. 3. in. C. de bonis auct. jud. possidendis, 42, 5.

während die von der Kl. angeführte

l. 1. C. qui bonis cedere possunt. 7, 71.

nur den ebenfalls bekannten Satz ausspricht, daß die Güterabtretung nicht völlige Befreiung des Gemeinschuldners bewirkt; auch die fortwährende praktische Gültigkeit der s. g. Einrede der Güterabtretung feststeht.

Lauterbach, Coll. theor. pract. 42, 3. §. 17.
Luder Menken, Add. ad Struv. jurispr. for. 3, 4. §. 5.
v. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. Civilrechts. B. 3. §. 143.
Schweppe, R. Privatrecht §. 392.
Göschen, Vorlesungen, B. 3. S. 280.

rat. 3. Wenn sich auch bezweifeln läßt, ob bei der Klage eines früheren Gläubigers gegen den, welcher seine Güter abgetreten hat, der Umstand, daß Letzterer wieder Vermögen von einiger Bedeutung erworben habe, zum Klaggrunde gehört, so muß er doch jedenfalls vom Kl. zur Elidirung der vom Bekl. in ausreichender Weise vorgeschützten Einrede aus der Güterabtretung als Replik geltend gemacht und demnächst, wenn bestritten, erwiesen werden. Nun hat aber die Kl., während sie in der Klage gar nicht behauptet hatte, daß der Bekl. seit seiner Insolvenzerklärung überall Vermögen erworben

habe, selbst in ihrer Replik in dieser Beziehung keine genügend substantiirte Behauptung aufgestellt, welche sich dazu eignete, ihr einen Beweis darüber nachzulassen.

## 413. Rohde Adm. w. Becker, 5. Nov. 1859. R262aR.

1) Der Mangel der Kündigungsclausel in lübeckischen Hypothekwechseln thut ihrer Gültigkeit keinen Eintrag.

2) Eine Hypothekenbestellung durch Wechsel für eine Contocourantforderung durch in Lübeck übliche Hypothekwechsel enthält ein constitutum, und gewährt hypothekarische Vorzugsrechte im Concurs.

[2] Die mit der Klage beigebrachten Wechsel entsprechen den in Lübeck in anerkannter Gültigkeit stehenden s. g. Hypothekwechseln im Wesentlichen vollkommen. Und wenn gleich die Kündigungscausel darin fehlt [3] und sie somit eines Zahlungsziels entbehren, so vermag doch dies nach dem Gesetze vom 28. April 1849 Art. 4. ihrer Gültigkeit keinen Eintrag zu thun. Denn obwohl nach der Deutschen Wechselordnung Art. 96 zu den wesentlichen Erfordernissen auch eines eigenen Wechsels die Bestimmung eines Zahlungsziels gehört, so fallen doch nach dem angeführten Art. 4 die darin gedachten Schuldverschreibungen schon dann nicht unter dieses Gesetz, sondern der Beurtheilung nach gemeinrechtlichen und statutarischen Grundsätzen anheim, wenn sie entweder eine Kündigungsclausel oder ein Zinsversprechen oder die Bestellung einer Hypothek enthalten; und es steht nach eben diesem Art. 4 der Mangel einer bestimmten Zahlungszeit im Wechsel selbst sogar der Anstellung der Wechselklage [4] nicht im Wege, wenn der Eintritt des Verfalltages aus einem unter officieller Autorität ausgefertigten Kündigungsdocumente erhellt.

[4. 5] In factischer Beziehung steht fest, daß die Hypothekwechsel am 1. Jan. 1853 von Rohde, dem Kl., ausgestellt sind, daß dieser damals demselben BM. 45,256.

13½ Sch. schuldig war, und daß die eingegangene hypothekarische Wechselverbindlichkeit zur Sicherheit für die bestehende Contocourantschuld dienen sollte, ohne daß weder vom Gläubiger noch vom Schuldner die Aufhebung des Contocourantverhältnisses irgendwie beabsichtigt wäre.

[6] Hiernach hat es kein Bedenken, die nur zu Sicherstellung einer Contocourantforderung erfolgte Ausstellung der Hypothekwechsel mit den vorigen Richtern als ein Constitutum eigner Schuld aufzufassen. Wenn die Bekl. dawider einwenden:

1) daß es in den Wechseln an der beim Constitutum erforderlichen speciellen Bezugnahme auf die Contocourantschuld gänzlich fehle, so ist dies zwar an sich völlig richtig. Denn die Worte: „den Werth habe richtig erhalten," [7] können dazu nicht, wie die vorigen Richter annehmen, genügen, da sie eine bestehende Contocourantschuld in keiner Weise andeuten. Und der Umstand, daß die Eigenthümlichkeit der kaufmännischen Contocourante es, wie die vorigen Richter sagen, nicht zulasse, bei einem durch Abrechnung festgestellten Saldo die einzelnen Posten und damit den Obligationsgrund anzugeben, aus dem die Schuld erwachsen, schließt begreiflich nicht aus, beim Constitutum einen Contocourant-Saldo im Allgemeinen in Bezug zu nehmen und als richtig anzuerkennen, was vollkommen genügt, um einer solchen Urkunde den Charakter eines Schuldschein's ohne Verpflichtungsgrund (cautio indiscreta) zu nehmen.

Juristische Abhandlungen I. S. 363–64.

Allein

a) da die Beklagten, wie [8] oben bemerkt, anerkannt haben, daß der Kl. am 1. Jan., als die Wechsel ihm ausgestellt wurden, mehr als deren Gesammtbetrag zu fordern gehabt habe, und daß die Wechsel lediglich zur Sicherstellung dieser Contocourant-Forderung ausgestellt seien, so steht ihrem obigen Einwande die Replik des dolus entgegen.

b) Da die in Lübeck unter dem Namen Hypothekwechsel üblichen Schuldverschreibungen notorischermaßen insofern die Natur der Wechsel haben, als zu ihrer Gültigkeit die Angabe eines speciellen Obligationsgrundes nicht erforderlich ist, so

kann dieser Mangel ihnen auch dann nicht opponirt werden, wenn sie nicht über ein empfangenes Darlehn, sondern zur Sicherstellung einer anderweiten Forderung ausgestellt sind.

Ebenso unbegründet ist

[9] 2) der fernere Einwand, daß die fragl. Hypothekwechsel an Ordre gestellt seien, mithin die Contocourantschuld berichtigt sein könne, ohne daß daraus gegen die durch Indossament oder Cession legitimirten dritten Inhaber vom Aussteller eine Einrede geltend gemacht werden dürfe. Denn theils würde daraus folgen, daß in jeder Wechselhingabe für eine bestehende Schuld eine Novation liege, auch wenn die Absicht der Parteien gar nicht darauf geht, theils erledigt sich dieser Einwand im vorliegenden Falle dadurch, daß die Uebertragung der lübeckischen Hypothekwechsel, in welcher Form sie geschehen mag, den Grundsätzen von der Cession der Forderungsrechte unterliegt.

Gesetz vom 28. April 1849. Art. 4.

Kann nun das Recht eines Gläubigers, sich eine Contocourantschuld von seinem Schuldner [10], wie hier geschehen, durch Ausstellung von Hypothekwechseln constituiren und sicherstellen zu lassen, an sich nicht bezweifelt werden, und hat der Kläger... a u s d e n H y p o t h e k w e c h s e l n, nur mit Beschränkung seines Anspruches auf den laut der beigebrachten Contocourant zu seinen Gunsten sich ergebenden Saldo, geklagt, so bedarf es keiner Widerlegung des von dem NG aus der Annahme, daß in der Ausstellung der Hypothekwechsel eine Novation liege, und daß [11] der Kläger ein selbstständiges Klagrecht aus diesen Wechseln nicht in Anspruch genommen habe, gezogenen Consequenzen.

---

## 414. Grube Bekl. w. Dorfsch. Dummersdorf, 12. Dec. 1859. G197S.

In V. v. 5. Juli 1820 §. 14 sind unter Gegenständen, die keiner bestimmten Schätzung unterworfen sind, solche zu verstehen, wo entweder jede Schätzung unmöglich oder solche der Natur der

Sache nach zu keiner bestimmten Schätzung führen kann. [1])

Verwerfung Mangels AS.: da

1) die in V. v. 5. Juli 1820 §. 14. enthaltene Vorschrift, daß in Sachen, welche „Gerechtsame, überhaupt solche Gegenstände, die keiner bestimmten Schätzung unterworfen sind,“ betreffen, eine Berufung an das OAG. stattfinde, in Beihalt des aus §. 14 ersichtlichen Gegensatzes und der Vorschrift der KGO. Th. 2. Tit. 28. §. 4., nur dahin verstanden werden darf, daß bei Gegenständen, wo entweder an sich jede Schätzung unmöglich, oder wo eine solche der Natur der Sache nach zu einem bestimmten Ergebniß überall nicht führen kann, die Appellation zugelassen sei [1]), nicht aber dahin, daß sie gestattet werden müsse in Fällen, wo ein bestimmtes Ergebniß der Schätzung sehr wohl möglich, eine solche aber in dem concreten Falle unterblieben ist; auch

2) der in Rede stehende Gegenstand in die letztgedachte Classe gehört, indem der Durchschnittsertrag des Reths aus einer Reihe von Jahren in Verbindung mit den Durchschnittspreisen desselben allerdings zu einer bestimmten Schätzung seines Werthes führen kann; nun aber

3) das producirte Attest sich nur dahin ausspricht, bei der sandigen und flachen Beschaffenheit des Ufers lasse sich der Werth des Reths und der Binsen nicht bestimmt schätzen, indem dieselben bei trockenen Jahren sich minderten, auch vom weidenden Vieh ruinirt würden, wogegen es möglich sei, daß dieselben bei nassen Jahren besser gediehen; und hieraus nur der Schluß gezogen wird, es fehle in den letzten trockenen Jahren an jeglichem Anhalt zu einer Schätzung, nicht aber der, es sei eine solche in dem vorliegenden Fall überall nicht möglich; überdies aber

4) der Bekl. in seiner Deductionsschrift sich dahin ausgesprochen hat, „nur an einer einzelnen Stelle, wo sein Land

---

[1]) Dies jetzt aufgenommen in GVG. §. 34, Nr. 1.

[2]) Vgl. L. Behrens w. Spethmann Wwe., 30. Juni 1852 (S. 1, 140, p. 358 f.).
Janson w. Dölger, 30. Jan. 1841 (S. 2. 120, p. 356 f.).
Pfeiffer, Pr. Erört., B. 6, Nr. 4. §. 12, S. 244.

den See berühre und nur in einer kleinen Ecke befinde sich Reth, sei jedoch hier mit Binsen so verwachsen, daß die auf die Gewinnung desselben verwandten Kosten, trotz ihrer Geringfügigkeit, aus dem Rethe kaum gedeckt würden;" es demnach

5) an der erforderlichen Bescheinigung der AS. fehlt, auch die Beibringung einer anderweiten Bescheinigung nicht auferlegt werden durfte, indem es dem Bekl. an sich obgelegen hätte, den betreffenden Nachweis bei dem OG. oder doch bei Einführung des Rechtsmittels zu erbringen, und die ihm allhier gemachte Auflage bereits bei Vermeidung der Desertion erfolgt ist.

---

## 1860.

### 415A. Steuer- u. Stempel-Departement w. Kahl, 19. Juni 1858. S545V.

Bei Rückforderung eines Steuerbetrags entscheidet dessen Höhe über das Vorhandensein der AS.

Verwerfung der Beschwerde über abgeschlagene Appellation:

da der Umstand, daß derzeit weniger die von Kahl bezahlte Steuerquote als die Rechtsbeständigkeit des wider diesen beobachteten Verfahrens in Frage stehe, nicht bewirken kann, den jetzigen Rechtsstreit als einen solchen erscheinen zu lassen, in welchem es sich um einen einer Schätzung nicht unterworfenen Gegenstand handele, indem das eingehaltene Verfahren nicht zu dem Ende, um selbstständige Entschädigungsansprüche daraus abzuleiten, sondern nur zu dem Zweck, um die Rückzahlung des Steuerbetrags von 58 M. 4 Sch. zu begründen, angefochten ist, und mithin nur diese Summe der V. v. 5. Juli 1820 §. 14 zufolge rechtlich in Betracht kommt.

### 415B. Steuer- u. Stempel-Departement w. Kahl, 14. Jan. 1860. S573V.

1) Nichtigkeiten, aus denen einer Partei kein Nachtheil erwachsen ist, dürfen nicht geltend gemacht werden.

2) Executivische Beitreibung von Steuern, welche A. schuldet, abseiten des B., enthält einen

Eingriff in Privatrechte und gehört nach V. v. 5. Juli 1820 §. 2[1]) vor die Gerichte.

3) Nichtigkeiten dürfen nach §. 41. OAGO. aus dem Inhalt eines Urtheils nicht abgeleitet werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des St. u. StD. mußte als unbegründet verworfen werden. Zwar ist es:

1) an sich ein wesentlicher Mangel des gerichtlichen Verfahrens, wenn dasselbe unter Beiseitesetzung der ersten J. vor dem Oberrichter beginnt. Auch hat in dem vorliegenden Fall vor dem LG. zunächst nur ein Verfahren wider den LGDiener stattgefunden; kein Verfahren wider das St. u. StD. unmittelbar. Die Verhandlung vom 9. Octbr. 1857 ist eine Remonstration zum Zweck einer bei dem OG. neben der Nichtigkeitsklage einzubringenden einfachen Beschwerde darüber, daß das Präsidium des LG., unter dessen Billigung, den Befehl ertheilt habe, den Beschwerdeführer Kahl zur Bezahlung der seinem Vater auferlegten Steuer, ohne rechtliches Gehör, executivisch anzuhalten. Sie ist auf Grund der Rubrik dem St. u. StD. insinuirt und eine weitere Verhandlung wider dasselbe hat vor dem LG. nicht stattgefunden. Allein der gedachte Nichtigkeitsgrund kann nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß der Partei irgend ein Nachtheil daraus erwachsen ist. Er fällt daher dann hinweg, wenn, wie in dem vorliegenden Fall geschehen, und insoweit der Anspruch des Gegners ohnedies verworfen ward, da keine Partei ein Recht hat, einen Anspruch aus einem bestimmten Grunde verworfen zu sehen. Hiernach fragt es sich derzeit nur, ob dem geltend gemachten Nichtigkeitsgrunde um deswillen zu entsprechen sei, weil sich in dem Erk. v. 18. März 1858 neben der Verwerfung der Vorbehalt findet, daß vor weiterer Entscheidung dem Querulanten Kahl zuvörderst der Bericht des LGDieners Riemann vom 19. Sept. 1857 in Abschrift mitzutheilen, und dem Querulanten Kahl die Stellung anderweitiger Anträge binnen 3 Wochen nachzulassen sei —

---

[1]) S. z. GVG. §. 1. Nr. 1.

ein Vorbehalt, gegen welchen das St. u. StD. überdies den unter Nr. 3 vorgetragenen Nichtigkeitsgrund gerichtet hat. Allein, wie man auch immer die Bedeutung jenes Vorbehaltes auffassen mag, von Anträgen wider den LGDiener, wider das LG., dessen Präsidium, oder wider das St. u. StD., von Anträgen bei dem LG. oder direct bei dem OG., keinenfalls sind die Rechte des St. u. St. D. dadurch verletzt, selbst in dem Falle nicht, wenn die Ansicht der vorigen Urtheilsverfasser dahin gegangen sein sollte, dem Kahl Anträge wider das St. u. StD. vor dem OG. vorzubehalten. Denn jedenfalls ist seine Rechtsvertheidigung im weitesten Umfang und auch die Befugniß ungeschmälert geblieben, das Unzulässige eines solchen Verfahrens geltend zu machen, woraus denn des Weiteren von selbst folgt, daß diesem Vorbehalt der Vorwurf einer unheilbaren Nichtigkeit nicht gemacht werden kann. — Ebenso verwerflich ist

2) der unter Nr. 2 aufgestellte Nichtigkeitsgrund, daß der v. R. über die Anträge der Parteien hinausgegangen sei. Zwar ist es richtig, daß der zweite Richter auf den von Kahl geltend gemachten Nichtigkeitsgrund materieller Natur nicht eingegangen ist, und nur einen Zwischenbescheid erlassen hat, um dem Kahl es zu ermöglichen, Nichtigkeitsmomente formeller Natur geltend zu machen; daß der zweite Richter also die Partei auf ein anderes Feld hinleiten will. Ob ein derartiges Verfahren materiell gerechtfertigt sei, oder ob dasselbe auch nur mit richtigen processualischen Grundsätzen sich vereinigen lasse, ist gegenwärtig überall nicht zu entscheiden, sondern nur die Frage, ob in dem Erlaß eines solchen Zwischenbescheides ein wesentlicher Mangel des Verfahrens zu finden sei — eine Frage, die aus dem gleichen Grunde wie unter Nr. 1 verneint werden mußte. — Nicht minder war

3) der aus dem Mangel der Zuständigkeit unter 1b entnommene Nichtigkeitsgrund zu verwerfen. Wenn das St. u. StD. sich veranlaßt finden sollte, mit Hülfe des LG die von A. geschuldete Steuer von B. ohne Weiteres executivisch beitreiben zu lassen, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieses nach §. 3 der V. v. 5. Juli 1820 eine

Handlung sein würde, welche einen Eingriff in Privatrechte enthielte, und durch welche sich das St. u. StD. einer Condiction aussetzen würde, die mit gedachter Behörde durch den fiscalischen Procurator vor dem Civilgericht zu verhandeln wäre. Die vorigen Urtheilsverfasser haben also den behaupteten Mangel aller Zuständigkeit der Gerichte mit Recht verworfen, und wenn diese Entscheidung nunmehr in formell zulässiger Weise als nichtig angefochten wird, so kann zu dessen Widerlegung auf das Obige und auf die Entscheidungsgr. zum v. U. verwiesen werden. Anders verhält es sich

4) mit der formellen Zulässigkeit der ferneren Nichtigkeitsgründe, als

a) unter 1c, die auf's Neue wider den Warnungsbefehl vom 25. Juni 1857 erhobene Nichtigkeitsbeschwerde verstoße wider den rechtskräftigen OGB vom 2. Juli 1857; und

b) unter 1d, die dreiwöchige Nothfrist der wider gedachten Befehl am 1. Juli (muß heißen 16. October) erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde sei wiederholt verstrichen.

Denn aus dem Inhalt der Erkenntnisse kann eine Nichtigkeit nicht abgeleitet werden.

Blume, Note e. zu §. 41 OAGO.

Beide Nichtigkeitsgründe sind von dem v. UV. geprüft und verworfen. Wollte man aber auch die stattgehabte Prüfung in Betreff der Einrede der Desertion um deswillen bezweifeln, weil a. a. O. der LGVerfügung vom 5. August nicht des Warnungsbefehls v. 25. Juni gedacht ist, so erscheint der Beschwerdegrund auch materiell verwerflich, da Kahl in Beihalt des OGB vom 2. Juli 1857 und des LGU v. 25. Sept. 1857 nicht früher als an diesem Tage sichere Kenntniß von der Nichtigkeit erhielt, die er geltend machen will. (vgl. §. 165 OAGO.)

# 419. Procurator fisci w. Kahrstedt, 23. Oct. 1860. P158V.

1) Nach dem Capitelsvergleich v. 21. Oct. 1793 §. 1. sind die s. g. Capitelsdörfer befreit von der Verpflichtung, die in V. v. 27. Dec. 1845 §. 3. für den Fall der Ueberlassung einer Stelle verordnete Abgabe von 1/2 % des Werths an den Staat zu bezahlen. (J. F. Heidelberg 2. J.)

2) Die Zulässigkeit einer Appellation ist bedingt durch den Umfang der Rechtskraft. (420, 3.) Wenn daher das Mitglied einer Dorfschaft, welches die in der lüb. V. v. 27. Dec. 1845 §. 3. für den Fall der Ueberlassung einer Bauerstelle verordnete Abgabe von 1/2 % des Werths hat bezahlen müssen und auf den Rechtsweg verwiesen ist, von den ihm zustehenden Rechtswegen den einer Rückforderung des Gezahlten mittelst persönlicher Klage gewählt hat, so richtet sich die Berechnung der AS. nach dem Betrag des Gezahlten, und die Entscheidung über die jenem Vertrage entgegengesetzten, der Rechtsfrage selbst entnommenen Einwendungen hat für künftige Fälle nur die Bedeutung von Präjudicaten.

Der Vollhufner Kahrstedt in Brodten hat bei Lebzeiten seines Vaters von diesem dessen Stelle übernommen, und ist auf Grund des §. 3 d. V. v. 27. Dec. 1845 von dem Stempel- und Steuer-Departement zur Zahlung der Abgabe von 1/2 % des Werthes der Stelle zum Betrage von einhundert funfzig MCrt. angehalten worden. Auf eine von ihm hiegegen an den Senat gerichtete Vorstellung, bei welcher ihm die Dorfschaften Brodten, Gneversdorf, Teutendorf und Ivendorf Beistand geleistet haben, ist am 11. Febr. 1857 ein verwerfender Beschluß erfolgt, und verfügt, daß die Supplicanten den Bestimmungen der V. hinsichtlich der Verkaufsabgabe unweigerlich nachzukommen hätten, ihnen jedoch, falls sie vermeinen sollten, etwaige Rechtsansprüche gegen

den Staat zu haben, unbenommen bleibe, ihre desfallsige Klage wider den Fiscal anzubringen. — In Folge dessen sind nun nicht etwa, wie solches in einem früheren Falle, nämlich 1845, wo die Capitelsdörfer ihre Verpflichtung, zur Militärsteuer beizutragen, bestritten, sämmtliche Dörfer durch ihre Bauervögte mit einer Klage wider den Fiscal aufgetreten, sondern es ist lediglich der Vollhufner Kahrstedt am 4. Juni 1859 klagbar geworden, indem er als Hufner zu Brodten vermöge Capitelsvergleichs von 1793 bes. §. 14. von der betreffenden Bestimmung der V. v. 1845 vertragsmäßig frei zu sein behauptet, und seine Bitte dahin richtet: „den Verklagten schuldig zu erkennen, die ohne Verpflichtungsgrund gezahlte Verkaufsabgabe von 150 M. nebst Zinsen dem Kl. unter Erstattung der Kosten zurückzubezahlen." ....

Nach verhandelter Sache hat das NG. am 18. Febr. 1860 den Kl. u. V. i. d. K. ab- und zur Ruhe verwiesen, indem es die drei ersten Einwendungen des Bekl. verwarf, die Rechtsausführungen in Betreff des vierten Punktes dagegen für zutreffend erachtete. Die Gründe lauten:

1. Erkenntniß des Niedergerichts v. 18. Febr. 1860.

Kl. behauptet auf Grund des Capitelvergleiches von 1793 insbesondere des Art. 14, daß er beim Antritte der väterlichen Landstelle in Brodten nicht nöthig gehabt habe, die durch die V. vom 27. Decbr. 1845 auferlegte Verkaufsabgabe zu entrichten. Hierzu sei er jedoch auf administrativem Wege gezwungen, und sehe er sich nun genöthigt, die gerichtliche Hülfe in Anspruch zu nehmen, um die von ihm erzwungene Abgabe von 150 M. Cour. zurück zu erhalten.

Bekl. schützt gegen diesen Anspruch vier Einreden vor: die der objectiven gerichtlichen Unzuständigkeit oder Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens; des inepten Libells; rechtskräftiger Entscheidung; und des unbegründeten Anspruchs ...

Zu 1. Hier kann dem Bekl. in seinen Ausführungen nicht beigestimmt werden, weder nach gemeinem Rechte, noch nach lübischem Statutarrecht. Dem Staate steht unbedingt die Befugniß zu, durch Gesetze die Abgaben der Staats-

angehörigen, je nach den Bedürfnissen, zu reguliren. Deshalb ist jede Erhebung einer neuen Steuer ein Act der Regierungsthätigkeit, und ein Streit über die Zweckmäßigkeit und Räthlichkeit dieser Handlung und deren Ausführung kann mithin nur und lediglich allein von der Regierung entschieden werden. Ein solcher Streit würde jedoch auch nach gemeinem Rechte vorläufig vor den Civilrichter gehören, wenn die klagende Partei behauptet, in einem ihr zustehenden Privatrechte gekränkt zu sein, und würde der Richter erst nach näherer Prüfung der Sache die Klage abweisen, wenn es sich herausgestellt hat, daß kein Privatrecht verletzt sei und also keine wahre Justizsache vorliege. Eine sofortige Abweisung des Kl. muß unzweifelhaft dann eintreten, wenn z. B. Jemand seine Klage gegen die Steuer selbst oder deren Ausschreibung richtete, nicht aber dann, wenn eine Privatperson dasjenige, was ihr vom Staate vertragswidrig und ungesetzlich abgenommen ist, zurückfordert. Diesen Grundsatz erkennt auch das lübische Statutarrecht im §. 1—3, V. vom 5. Juli 1820 an. Aus der Zusammenstellung dieser §§. ersieht man, daß der §. 1 Nichts von Demjenigen ausschließt, was nach gemeinem Rechte in den Begriff der Justizsache hineingezogen wird, und daß der §. 2 durch das Wort „demnach" Nichts von dem zurücknehmen will, was der §. 1 gewährt, während §. 3 durch die specielle Bestimmung: „haben verwaltende Behörden durch eine Handlung oder durch einen Vertrag sich verbindlich gemacht, so gehören jene Gegenstände, insoweit solche privatrechtliche Ansprüche dabei eintreten, vor die Gerichte," dies völlig klar macht.

Vorliegend ist nun nicht die Frage über die Rechtmäßigkeit der Verkaufsabgabe ventilirt, sondern es handelt sich darum, ob und wie weit ein zwischen dem ehemaligen Domcapitel und dessen Unterthanen geschlossener Vergleich den Kl. gegen die Anwendung der V. v. 27. Decbr. 1845 schützt, ob mit anderen Worten diese V. nicht in die Privatrechte des Kl. eingreift und diese verletzt. — Dies hat Kl. in seiner Klage behauptet und durfte er mithin die Entscheidung des Gerichts anrufen.

Zu 2. Ob Kl. nun seiner Klage einen technischen Namen beilegt oder nicht, ist heutzutage gleichgültig. Wenn daher immerhin wegen Mangels des Irrthums die Condiction wegen Nichtschuld nicht zulässig erscheinen möchte, so wird die Klage jedenfalls als eine Condiction wegen Ungrunds aufrecht gehalten werden müssen, deren Erfordernisse — die Wahrheit der angeführten Thatsachen vorausgesetzt — vorhanden sind. Eine Unrichtigkeit ist es daher, wenn Bekl. in der Duplik vermeint, daß auch die letzte Klage durch das Vorhandensein eines Irrthums bedingt sei.

Göschen, CR. B. 3, S. 696.

Zu 3. Auch der Einwand rechtskräftiger Entscheidung mußte als unzulässig verworfen werden. Denn wenn man auch zugestehen muß, daß ein zwischen einer Dorfschaft und dem Fiscus gesprochenes U. für jedes einzelne Mitglied der Dorfschaft als solches, wie für deren Rechtsnachfolger Rechtskraft erlangt, wenn auch sogar die Rechtsfrage, welche das Erk. v. 19. Nov. 1850 (S. oben Nr. 286) betreffs Rückforderung der gezahlten Militärsteuer entscheidet, insofern dieselbe sein mag, wie die, welche augenblicklich zum Austrag liegt, als es sich darum handelt, ob die gesetzmäßig auferlegte Steuer zu den neuen und außerordentlichen Reichs- und Kreis- oder Landessteuern zu rechnen ist oder nicht, so kann doch schon aus dem Grunde von rechtskräftiger Entscheidung keine Rede sein, weil vorliegend der Streit zur Verhandlung steht, ob die durch die V. v. 27. Decbr. 1845 auferlegte Verkaufsabgabe, gleich wie die Militärsteuer, zu den im Capitelvergleich v. 1793 erwähnten außerordentlichen Steuern zu rechnen ist und ob nicht der Art. 14 des Vergleiches von 1793 die Insassen der früheren Capitelsdörfer gegen die Ausübung der V. v. 27. Decbr. 1845 schützt.

Zu 4. Dagegen mußte schließlich die Einrede des unbegründeten Anspruchs für begründet erachtet werden. Die Streitfrage geht dahin, ob die durch die V. v. 27. Dec. 1845 gesetzmäßig auferlegte Verkaufsabgabe eine solche Last ist, welche unter die Ausnahmsfälle der Vergleiche von 1793 und 1797 zu rechnen ist, ob mit anderen Worten die durch jene Verordnung fixirte Verkaufsabgabe als eine Reichs-, Kreis-

oder Landessteuer anzusehen ist. Historisch ist es, daß in früheren Zeiten die Rechtsanschauung vorhanden gewesen, daß eine jede Obrigkeit den zur Ausübung ihrer Hoheitsrechte und zur Bestreitung der öffentlichen Ausgaben erforderlichen Aufwand zunächst aus eigenen Mitteln zu entnehmen hatte.

Zachariä, Deutsch. Staats- und Bundesrecht, B. 3, §. 186.

Da jedoch die Bedürfnisse nach und nach stiegen, wurden größere Beihülfen von den Unterthanen nöthig, und die Obrigkeiten sahen sich gemüssigt, da ihnen selbst kein Besteuerungsrecht eingeräumt war, auf dem Wege des Vertrages von ihren Unterthanen die nothwendigen Subsidien zu erlangen. So geschah es auch, daß die Unterthanen des Domcapitels, da wegen der verschiedenen, von diesem verlangten Abgaben u. s. w. vielfache Streitigkeiten ertstanden waren, sich in dem Vertrage von 1793 verpflichteten, künftighin ein Quantum von 18 ℛ. zu zahlen, unbekümmert darum, ob das Bedürfniß des Capitels in dem einen Jahre geringer sei, als die von dem Insassen gezahlten Beiträge, oder ob das Bedürfniß sich mehre. Das Domcapitel hat jedoch nicht alle Steuern zu übernehmen versprochen, und namentlich eine Ausnahme gemacht hinsichtlich neuer und außerordentlicher Reichs- und Kreissteuern, sowie hinsichtlich der bischöflichen Charitativgelder, d. h. nach den EG. zum Kieler U. v. 2. Dec. 1850. (S. Nr. 286. S. 38 z. E. Bd. 6. p. 136.): „Sobald und überall, wo ein neues außerordentliches Bedürfniß des Reichs, des Kreises oder des ganzen Landes das Domcapitel zu besonderen Geldausgaben im öffentlichen Dienst nöthigt," da behält es sich vor, die Unterthanen über die Hufensteuer hinaus zu Beiträgen heranzuziehen, und sie versprechen, sich derselben nicht zu entlegen. Der Sinn des Vertrags war also der, daß die Hufensteuer nur ein Aequivalent für diejenigen Bedürfnisse des Domcapitels sein sollte, welche von der Willkür desselben unabhängig waren.

Die Landeshoheit der sog. Capitelsdörfer, worunter auch Brodten, wurde an die freie Stadt Lübeck abgetreten, und letztere versprach in dem Vertrage v. 2. April 1804, Art. 18 und 32, ausdrücklich die Aufrechthaltung der zwischen dem

Domcapitel und den Dorfschaften geschlossenen Vergleiche. Somit ist der Freistaat Lübeck in die völligen Rechte und Pflichten des Domcapitels gegenüber deren früheren Angehörigen getreten.

Nach Obigem kann es nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Insassen der Capitelsdörfer, falls eine neue Reichs-, Kreis- oder Landessteuer ausgeschrieben wird, zu derselben beitragen müssen; auch ist es eben so unzweifelhaft, daß diese Steuer keine vorübergehende zu sein braucht. (S. Nr. 286, S. 39; Bd. 1. p. 136.) Dem Art. 1 unterliegt demnach die fragliche Abgabe schon deshalb nicht, wenn sie als eine bloß indirecte, nicht auf Person oder Grundstück ruhende, sondern nur gewisse Geschäfte treffende Abgabe überall hierher zu ziehen wäre. Was nun speciell den Art. 14 des Vergleiches von 1793 betrifft, wo gesagt wird: „Bei Veränderungen der Hufenbesitzer, der neue Annehmer sei nun Sohn oder Tochtermann oder entfernter Erbe oder eine ganz fremde Person, soll von demselben an laudemio, Antrittsgeld oder für Auflösung des Hausbriefes nicht mehr als 5 ℛ. erlegt, und diese Ausgabe zu ewigen Zeiten nicht mehr erhöht werden. Die halben, viertel und achtel Hufen bezahlen nach Proportion;"

so könnte allerdings auf den ersten Blick diese Bestimmung zu einem dem Kl. günstigen Resultate führen. Indessen mußte bei genauer Erforschung des Inhalts und Sinnes des Vergleiches von 1793 eine dem Kl. ungünstige Entscheidung erfolgen. Im §. 2 des erwähnten Vergleichs wird den Insassen der Capitelsdörfer das nutzbare Eigenthum an den Hufen von dem Domcapitel ihrer Gutsherrschaft gegeben; §. 3 regelt die Erbfolge, wie dies bei den deutschen Bauergütern von jeher üblich gewesen; §. 4 handelt von der Benutzung der Hufen, der Freiheit der Eigenthümer, dieselben beliebig zu bewirthschaften und unter geringen Vorbehalten zu bebauen, und trifft die Bestimmung, daß ohne Consens des Domcapitels die Hufen nicht getheilt werden dürfen; §. 5 handelt von Geldabgaben an die Gutsherrschaft; §. 6 von Naturalabgaben; §. 7 von zu leistenden Diensten; §. 8 von Criminalkosten; §. 13 bestimmt, daß künftighin jede Hufe

statt der beim Antritt der jedesmaligen daraus zu liefernden Quantität Hafer 2 ℛ. bezahlen solle, und sodann stellt §. 14 fest, daß jeder Insasse, welcher eine Hufe antritt, bei seinem Antritt 5 ℛ. erlegen solle u. s. w. Alle diese Bestimmungen beruhen augenscheinlich auf dem gutsherrlichen Verbande und haben keine Beziehung auf solche öffentliche Abgaben, welche im öffentlichen Interesse zur Vermehrung der Staatseinnahmen, bzw. zur Bestreitung der Staatsausgaben von der Obrigkeit als solcher auferlegt werden, und welche, wie die Verkaufsabgabe, vom Senat und von der Bürgerschaft, also auf gesetzlichem Wege gemeinsam durch Erlaß der V. v. 28. Mai 1813 u. 27. Dec. 1845 beliebt worden sind. Durch diese Verordnungen legt die Obrigkeit eine Abgabe bei Veräußerung von Immobilien für Stadt und Land gleichmäßig auf, während in dem Art. 14 des Capitalvergleichs von 1793 die Gutsherrschaft sich theilweise für das ihren Unterthanen gewährte nutzbare Eigenthum bei Antritt einer unter ihrer Gutsherrlichkeit befindlichen Hufe u. s. w. eine Abgabe stipulirt hat. Es steht mithin die durch die V. v. 27. Dec. 1845 normirte Verkaufsabgabe in gar keinem Verhältniß und Zusammenhang mit derjenigen Abgabe, welche den Insassen der sog. Capitelsdörfer gemäß des Art. 14 des Vergleichs vom Jahre 1793 zu zahlen obliegt, und mußte demgemäß Kl. mit seiner Klage ab und zur Ruhe verwiesen, auch in die Kosten dieses Processes verurtheilt werden.

Der Kläger hat hiegegen appellirt, und das **Obergericht** (J. F.) **zu Heidelberg**, am 12. Juli 1860 das v. U. aufgehoben und den Beklagten für verbunden erklärt, dem Kläger die libellirten 150 M. nebst Verzugszinsen seit behändigter Klage zu bezahlen, unter Verurtheilung in die Kosten zweiter und Vergleichung der Kosten erster J.[1]). Und zwar aus folgenden Gründen:

---

[1]) Nach allgemein hergebrachten Grundsätzen war Bekl. in die Kosten erster J. zu verurtheilen, die der zweiten dagegen zu vergleichen; oder letztere dem Unterliegenden ebenfalls zur Last zu bringen. — In der Hauptsache dagegen ist die Ansicht der J. F. Heidelberg von dem OG. nach Wegfall der Actenversendung abermals befolgt i. S. St. u. St.-Departement w. Hildebrandt 1865. S. unten S. 239. Note 1.

Der Kläger hat zwei Beschwerden aufgestellt, daß wie geschehen, und nicht vielmehr dem Klageantrag gemäß erkannt; und daß der Gegner in die Kosten verurtheilt sei. Zur Rechtfertigung der ersten Beschwerde wird vorgetragen, das [2] v. U. sei davon ausgegangen, daß die durch die V. v. 28. Mai 1813 bezw. 24. December 1845 für den Freistaat Lübeck eingeführte Verkaufsabgabe bei Liegenschaftsübergängen eine indirecte Steuer sei und deshalb nicht unter die im §. 1 der zwischen dem Capitelsdorf Brodten und dem Domcapitel Lübeck am 21. October 1793 abgeschlossenen Vergleichs festgesetzte Steuerfreiheit falle, während doch dieser Paragraph keinen Unterschied zwischen directen [3] und indirecten Steuern aufstelle, und die Regel, daß das Domcapitel alle öffentlichen Abgaben der Capiteldörfer, wie sie bisher Namen hatten oder erhalten mögen, gegen Zahlung eines jährlichen Beitrags von 18 Reichsthalern vertragsmäßig übernommen habe, nur dann eine Ausnahme erleide, wenn neue und außerordentliche Reichs- und Kreissteuern oder bischöfliche Charitativgelder ausgeschrieben würden, welche Eigenschaft der fraglichen Verkaufsabgabe weder beigelegt [4] noch nachgewiesen worden sei. — Wenn das v. U. außerdem die Klage abgewiesen habe, weil Art. 14 des allegirten Vergleichs sich nur auf das gutsherrliche Verhältniß des Domcapitels zu seinen Unterthanen beziehe, und daher die dort normirte Abgabe nicht als Steuer zu betrachten sei, so müsse hiegegen erwogen werden, daß die Abgaben und Steuern, welche das Domcapitel nach Inhalt jenes Vergleichs zu erheben habe, gemäß diesem nicht nach ihrem privatrechtlichen oder [5] staatsrechtlichen Grunde zu unterscheiden seien, sondern ein zusammengehöriges Ganze bildeten, daß daher durch jenen Paragraphen das Domcapitel sich sowohl als Obrigkeit, als auch in seiner Eigenschaft als Gutsherrschaft verpflichtet habe, jene Abgabe nicht zu erhöhen, und nachdem der lübische Staat nicht allein in die obrigkeitlichen Rechte des Domcapitels, sondern auch in dessen gutsherrliche Verhältnisse zu den Capitelsdörfern eingetreten sei, dürfe er seine Verpflichtung [6] nicht in der Art umgehen, daß er als Obrigkeit die Guts-

unterthanen beim Wechsel im Stellbesitze mit irgend welchen directen oder indirecten Abgaben beschwere, während er als Gutsherrschaft gerade verpflichtet sei, solche Lasten für die Capitelsdörfer zu tragen.

Soweit sich diese Beschwerde auf den §. 1 des Vergleichs vom 21. October 1793 bezieht, erscheint sie auch gegründet. — Der Kläger nimmt auf Grund des Vergleiches für alle neuen seit dem Jahre 1793 eingeführten Abgaben [7] und Steuern Freiheit von deren Zahlung in Anspruch, mit Ausnahme der neuen und außerordentlichen Reichs-Kreissteuern und bischöflichen Charitativgelder. Er bestreitet da mit der gesetzgebenden Gewalt des Staats Lübeck nicht das Recht, neue Abgaben einzuführen und auch von ihm zu erheben, sondern er hält dem Staate, der von ihm für eine durch einen onerosen Erwerbtitel auf ihn erfolgte Stellübertragung die nach der V. v. Jahre 1813 bzw. 1845 gesetzliche Verkaufsabgabe [8] von ½ % erhoben hat, die besondere Stellung entgegen, welche ihm als Einwohner eines Capitelsdorfes der Finanzhoheit des Staates gegenüber dadurch zukommen soll, daß das Domcapitel vertragsmäßig jenen Dorfschaften zusagte, künftig alle Steuern, mit alleiniger Ausnahme der oben angeführten, gegen ein Jahresaversum von 18 Thalern zu übernehmen, und daß der Freistaat Lübeck durch den Eutiner Vertrag in die Rechte und Pflichten des Capitels eingetreten sei. Die Existenz dieses Rechtes [9] wird ihm aber bestritten, und nachdem der Staat vermöge der ihm zustehenden vollziehenden Gewalt von ihm unter Androhung der Execution die Zahlung der Abgabe erlangt hat, ist auch eine Verletzung seines Rechtes eingetreten. — Hieraus ergiebt sich aber zur Genüge, daß die Klage keinen Eingriff in ein Hoheitsrecht des Staates enthält, weder die Gesetzmäßigkeit der Verkaufsabgabe, noch die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer solchen Abgabe in Frage zieht, vielmehr [10] nur ein wohlerworbenes Privatrecht zu schützen sucht, durch dessen Verletzung gerade die Thätigkeit des Richters bedingt wird. Würde es sich um einen unmittelbaren Schutz gegen Erhebung der Steuern handeln, so wäre der Richter nicht befugt einzugreifen, da die Anordnungen

der vollziehenden Gewalt in keiner Weise durch richterliche Einhaltsbefehle beeinträchtigt werden dürfen, nachdem aber durch die Erhebung der Steuer die Rechtsverletzung schon eingetreten ist, so ist es Sache der [11] richterlichen Gewalt zu prüfen, ob das allgemeine, für alle lübecker Unterthanen gültige Gesetz in seiner Anwendung durch das wohlerworbene Recht des Klägers beschränkt wird oder nicht. — Das richterliche Verfahren ist um so zweifelloser zulässig, als das behauptete Privatrecht auf einem Vertrage mit dem Staate selbst, beziehungsweise dessen Rechtsvorfahrer beruhen soll, und alle Rechtslehrer darin einig sind, daß ein solches Recht weder einseitig vom Staate aufgehoben werden, noch bei dessen [12] Verletzung die richterliche Hülfe verweigert werden kann.

vgl. Gönner, Hdb. d. gem. Proc. Abh. 26, §. 19. ff.
Mittermaier, Arch. für civ. Pr. Bd. 21, S. 273. 281.
Bluntschli, Staatsrecht. S. 399. 330. 501.
Zachariä, Staatsrecht. §. 148. 151. 164.

Wäre das vom Kl. beanspruchte Privileg durch eine einseitige Beschränkung der gesetzgebenden Gewalt entstanden und von ihr auch auf gleiche Weise wieder aufgehoben worden, ohne daß in dem neuen Gesetzesacte den Eximirten [13] Vorbehalt ihrer Freiheit gemacht oder Entschädigung zugestanden wurde, so müßte natürlich sowohl die Klage vor dem Richter, als dessen Zuständigkeit, darüber zu entscheiden, wegfallen, weil er nicht mehr über eine dem neuen Gesetze gegenüberstehende und noch für gültig ausgegebene Rechtsnorm zu entscheiden hätte, sondern über die Motive des Gesetzgebers, und damit über die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit des Gesetzes selbst zu urtheilen berufen würde.

vgl. Zachariä, a. a. O. §. 148. 226.
Bluntschli, a. a. S. 500.
Zöpfl, Staatsrecht. §. 194. 196.

Es ist sonach auch gleichgültig, ob die V. v. 28. Mai 1813 in Bezug auf die vertragsmäßigen Rechte der Capitelsdörfer eine Exemtion machte oder nicht, das Weglassen derselben kann daher ihre Rechte nicht beeinträchtigen. —

Daß diese gemeinrechtlichen Grundsätze über die Zuständigkeit der Gerichte auch in das particuläre lübische Recht übergegangen sind, geht sowohl aus den replikarischen Anführungen des Verklagten, [15] als des Richters erster J. in den EG. hervor, indem nach den §§. 1. 2. 3. d. V. v. 5. Juli 1820 ausdrücklich die Fragen der Gesetzgebung, wenn privatrechtliche Ansprüche dabei eintreten, für welche civilrechtliche Fragen in Betracht kommen, vor die Gerichte gewiesen werden.

Die Klage auf Wiedererlangung des erhobenen Steuerbeitrages ist keine Rückforderung einer Nichtschuld, weil auf Seiten des [16] Zahlenden und der des Empfängers der Irrthum mangelt, der Kläger vielmehr mit Bewußtsein eine Nichtschuld zahlte (si sciens se non debere solvit, cessat repetitio),

l. 1. D. de cond. indeb. 12, 6.

die Voraussetzungen dieser Klage aber auch gar nicht behauptete, und die Bezeichnung des gezahlten Betrages als einer Nichtschuld im Betreff, dem Context und dem Petitum der Klage, keineswegs die Unterstellung rechtfertigt, als sei jene bestimmte Klage anhängig gemacht, indem selbst die [17 Rechtsquellen dasjenige, was überhaupt mit einer Condiction zurückverlangt wird, als eine Nichtschuld bezeichnen.

vgl. l. 1. §. 1. D. de cond. sine causa. 12, 7.

Dagegen steht Nichts im Wege, die Klage unter den Begriff einer Condiction wegen Ungrund's (sine causa condictio) zu bringen, wenn man ihr überhaupt einen technischen Namen geben will, worauf aber nach c. 6. X. de judic. 2, 1. im heutigen Rechte nichts ankommt. — Für den Kl. war die auf die V. v. Jahre 1813 bzw. [18] 1845 gestützte und mit der Drohung der im Weigerungsfalle eintretenden Execution verbundene Anforderung des Fiscus auf Zahlung der Verkaufsabgabe ein genügender Rechtsgrund, diese zu bezahlen. Indem der Fiscus die Berufung des Pflichtigen auf den Vergleich v. J. 1793 nicht beachtete, auch die Bitte um Zuweisung der Entscheidung über die Zahlungsverbindlichkeit an den Gerichtsstand des Kl. zurückwies, verblieb diesem nur die Wahl, entweder zu zahlen, [19] oder sich für die An-

forderung pfänden zu lassen. Durch die Wahl des Klägers, sich vorerst der Anforderung zu fügen, hat er weder das Recht des Fiscus anerkannt, noch kann seiner Rückforderungsklage entgegengehalten werden, daß er wissentlich gegen das Gesetz gezahlt, oder das Geld freiwillig übergeben habe, und somit als eine Person anzusehen sei, welche zu schenken beabsichtigt habe. Eine Condiction wegen Ungrund's ist überall da zulässig, wo eine Leistung in das Vermögen eines Dritten auf einen rechtsgenügenden [20] Grund hin übergegangen und dann später Letzterer wieder weggefallen ist.

vgl. Puchta, Pandecten. 3. A. §. 312.
v. Vangerow, Leitf. d. Pandecten. 2. A. §. 628.
Glück, Comm. z. d. Pandecten. B. 13, S. 185. 201.
Unterholzner, Lehre d. r. R. v. d. Schuldverh., Lpz. 1840, B. 2, S. 21, und
l. 1. §. 2. u. 3. D. de cond. sine causa. 12, 7.

Es widerspricht aber nicht allein dem natürlichen Rechtsgefühle, daß der Fiscus dasjenige, was er widerrechtlich erhoben, behalte, sondern auch [21] formell wird, sobald Kl. aus dem Vertrage einen Befreiungsgrund gegen jene Steuer herleiten kann, in Beziehung auf ihn das allgemeine Steuergesetz in seiner Anwendung beschränkt, und es fällt für den Staat dann auch der Grund seiner Anforderung weg.

l. 1. §. 3. D. de cond. sine causa. 12, 7.
Mühlenbruch, Pandecten, §. 382.

Die von dem Appellaten behauptete Voraussetzung eines Irrthums für die Rückforderungsklage einer Nichtschuld ist nach Ansicht der angeführten Rechtslehrer zwar für [22] einige Fälle nothwendig, wird aber bei der Rückforderungsklage, über welche hier zu entscheiden ist, nicht vorausgesetzt, indem die angeführten Eigenschaften genügen, um die Klage zuzulassen. — Der Anspruch des Kl. gründet sich:

1) auf den Art. 1 des Vergleichs v. 1793, durch welchen er dem Verklagten als Rechtsnachfolger des Domcapitels Lübeck gegenüber Freiheit von allen Steuern, mit Ausnahme der neuen und außerordentlichen Reichskreissteuern [23] und bischöflichen Charitativgelder, verlangt, und

2) auf Art. 14, worin zugesagt worden, den Uebergang einer Hufe nie mit mehr als fünf Thalern zu besteuern.

Zu 1. Das v. U. beseitigte den ersten Klaggrund damit, daß sie die Verkaufsabgabe v. 1813 u. 1845 unter die Ausnahmen des Art. 1 des Vergleichs stellte, weil überall da, wo ein neues außerordentliches Bedürfniß des Reichs, Kreises oder des ganzen Landes das Domcapitel zu besonderen [24] Ausgaben im öffentlichen Dienste genöthigt hätte, auch jetzt dessen Nachfolger die Capitelsdörfer über die Hufensteuer belasten dürfte. Sie betrachtet die vertragsmäßige Hufensteuer von 18 Rth. als Aequivalent für diejenigen Bedürfnisse des Domcapitels, welche von der Willkür desselben abhängig gewesen, und scheidet die Verkaufsabgabe als von den Wirkungen des Vertrags überhaupt nicht erreichbar aus, weil sie eine indirecte Steuer sei. — Diese Ausführung läßt sich durch den Art. 1 des Vergleichs v. J. 1793 nicht [25] rechtfertigen.

Das Domcapitel war nicht Inhaber landesherrlicher Rechte, welche damals allein dem Bischof zugestanden, sondern sein Verhältniß den Capitelsdörfern gegenüber war nur ein auf dem gutsherrlichen Nexus beruhendes, indem seiner Zeit von den zur Dotation des Hochstifts gehörigen Liegenschaften dem Capitel diejenigen zur Administration zugeschieden wurden, welche ihrem Zwecke nach zur Unterhaltung der Capitularen bestimmt waren.

vgl. Eichhorn, Deutsch. Rechtsgeschichte. [26,] §. 333.
Richter, Kath. und prot. Kirchenrecht. §. 120. 122.

Für diese Güter wurde das Capitel sowohl von dem Reiche als von dem Kreise und Landesherrn selbst besteuert, und da eine unmittelbare Besteuerung seiner Hintersassen nicht statt hatte, blieb es ihm überlassen, den Ersatz dieser Steuern von seinen Unterthanen beizutreiben, und zwar nicht vermöge eines auf dem öffentlichen Rechte beruhenden Grundes, sondern in Folge eines Privatrechtstitels, der sich allein aus dem gutsherrlichen Verhältnisse des Obereigenthümers [27] zum Nutzeigenthum ergab.

vgl. Zachariä, Deutsch. Staats- und Bundesrecht. §. 220.

Aus dem Inhalt des Vergleichs geht hervor, daß über diese Beitragspflicht, wie auch über die übrigen gutsherrlichen Verhältnisse zwischen Ober- und Nutzeigenthümer Streitigkeiten bestanden, die durch den Vergleich endgültig geregelt sollten. Daß darin auch über die Erbfolge und einen Unterthaneneid Bestimmungen getroffen wurden, vermag [28] dem Uebereinkommen keinen staatsrechtlichen Charakter zu verleihen. Dieser Umstand erklärt sich vollständig aus den dem Capitel nach deutschem Rechte durch die Innehaltung der Gutsherrschaft zustehenden Befugnissen, und in jenen Bestimmungen liegt nichts, was die Grenzen der gutsherrlichen Gewalt, die auch gewöhnlich die Patrimonialgerichtsbarkeit enthielt, überschreitet.

Eichhorn, Deutsch. Staats- und Rechtsgeschichte. §. 368. 303.

Runde, Deutsch. Privatr. [29] 8. A., §. 518. 520a.

An die Stelle des Domcapitels ist durch den Eutiner Vertrag vom 2. April 1804 die damals kaiserliche freie Reichsstadt Lübeck eingetreten, welche nur insofern gegenüber den Capitelsdörfern eine von der des Domcapitels verschiedene und zwar doppelte Stellung einnimmt, indem ihr auch die Landeshoheit neben der Gutsherrschaft über jene Dörfer übertragen wurde, die sich dann im Jahre 1806 zur vollen Souveränität ausbildete, [30] während sie zugleich die gutsherrlichen Rechte erwarb, wie sie nur dem Domcapitel zustanden. — In der ersten Beziehung erwarb die freie Stadt Lübeck das Recht der Besteuerung ihrer Unterthanen in verfassungsmäßigem Wege auch gegenüber den Capitelsdörfern, allein dieser Zuwachs an politischen Rechten vermag den Verpflichtungen, die ihr als Singularsuccessor des Domcapitels in seiner Eigenschaft als Gutsherr durch den Vergleich von 1793 zufielen, und welche sie [31] ausdrücklich im §. 18 des Eutiner Vertrages zu halten versprach und worin sie zusagte, die Prästanda nicht zu erhöhen, keinen Eintrag zu thun. Als Inhaberin der Finanzhoheit hat die freie Stadt Lübeck jetzt das Recht der Ausschreibung aller derjenigen Steuern, welche früher das Reich, der Kreis oder der Landesherr auferlegte, und die Capitelsdörfer können aus

dem Vergleiche von 1793 der Finanzgewalt des Staates gegenüber sich nicht auf die ihnen angeblich vertragsmäßig [32] zugesicherte theilweise Steuerfreiheit berufen. Eine alle Arten von Steuerfreiheit umfassende Freiheit wurde durch den fraglichen Vertrag nicht geschaffen, sondern dieser enthält seinem ganzen Inhalte nach nur ein Uebereinkommen über deutschrechtliche gutsherrliche und damit privatrechtliche Verhältnisse. — Es ergiebt sich hieraus zweifellos, daß die vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte, welche oben auf die Behauptung des Kl., daß ihm gegenüber [33] dem Staate ein Privilegium zustehe, hin widerlegt wurde, auch unbegründet ist, weil der vorliegende Streit sich nur um die Auslegung und Wirkung eines zwischen Privatpersonen abgeschlossenen Vertrags dreht. Es kommt deshalb auch gar nicht darauf an, wie die Zusicherung der freien Stadt Lübeck in Art. 18 des Eutiner Vertrags, „daß sämmtliche an selbige übergehende Eingesessene bei ihren Verfassungen, Rechten und Freiheiten zu schützen und zu erhalten, ihre Abgaben und [34] Prästenda nicht zu erhöhen" verstanden werden will. Ihre Verpflichtungen gegenüber den Capitelsdörfern beruhen allein auf dem Inhalte des mit dem Domcapitel abgeschlossenen Vertrags, den sie bei Uebernahme des Obereigenthums zu halten versprach und dessen Verfügungen sie sich als Gutsherrschaft nicht einseitig entziehen darf. — Bei der Auslegung des Vertrags kommt der Richter der v. J. zu dem Ergebniß, daß jede neue Reichs-, Kreis- und Landessteuer [35] unter die Ausnahme des Art. 1. zu bringen sei und die Verkaufsabgabe als eine indirecte Steuer überhaupt nicht unter die Vertragsbestimmungen falle; diese Entscheidung entspricht aber nicht der eigenthümlichen jetzigen Stellung des Staates gegenüber den Capitelsdörfern, wie sie oben geschildert wurde, nach dem Inhalte des Vertrags. — Die Absicht der Paciscenten ging im Allgemeinen zwar auf eine endliche Beilegung ihrer langjährigen Streitigkeiten [36], sie bezweckte aber ferner, ein Mittel aufzufinden, wodurch dem Beginne neuer Differenzen über die Art der Vertheilung der Steuern und der Höhe des Steuerbetrags vorgebeugt werden sollte. Man

fiel zu diesem Zwecke auf eine Maßregel, welche dem Domcapitel ermöglichen sollte, die vorhandenen Abgaben zu bestreiten und auch die neuen für den ordentlichen laufenden Staatsaufwand etwa nothwendigen Auflagen für die Hufenbesitzer in den [37] Capitelsdörfern abzuführen. — Deshalb setzte man in gegenseitiger Uebereinkunft in Art. 1. ein jährliches von den Hufenbesitzern dem Domcapitel zu leistendes Aversum von jährlich 18 Rthl. fest, gegen welches das Domcapitel versprach, alle und jede öffentlichen, bisher von der ordinären und extraordinären Contribution abgehaltenen Abgaben, wie sie Namen haben und erhalten mögen, ohne einige Ausnahmen zu bestreiten und abzuhalten, die auf der [38] Contributionscasse haftenden Schulden zu übernehmen und die gewöhnlichen Reichs- und Kreissteuern zu zahlen. Die ordinäre und extraordinäre Contribution bezeichnet offenbar nicht eine Reihe einzelner damals gültiger Steuern, sondern die ganze Art der damaligen Besteuerung. Man wollte damit aussprechen, daß das Domcapitel jeden Beitrag, der zur Erhaltung des ordentlichen Staatsaufwandes nothwendig war, und der gerade aus der ordinären [39] und extraordinären Contribution gezogen wurde, übernehmen werde, und seine Verpflichtung nicht etwa auf Abführung der einzelnen gesetzlichen, damals gültigen Steuern beschränken wolle. Andernfalls hätten die Worte, daß auch die Ausgaben der ordinären und extraordinären Contribution, wie sie *Namen erhalten mögen*, übernommen werden sollen, keinen Sinn, und die Zusicherung, daß für ewige Zeiten das Aversum nicht erhöht werden sollte, [40] wäre völlig illusorisch und zwecklos, denn dem andern Paciscenten wäre gestattet, bei jeder neuen zum ordentlichen Staatshaushalt nothwendigen Steuer eine Mehrforderung zu machen und gerade das zu thun, was er für solche Fälle auf ewige Zeiten zu unterlassen versprach. — Bei Auslegung rechtlicher Geschäfte ist aber vor Allem auf die Bedeutung der Worte zu sehen:

l. 69. D. de legat. 3. (32.)
l. 34. D. de r. j. 50, 17.

[41] sind sie klar und unzweideutig, so muß der Sinn ihnen unterlegt werden, der dem Wortlaute entspricht, und die Ab-

sicht der Vertragschließenden darf nicht aus fremden, den Worten fern liegenden Gründen anders interpretirt werden. Wollte man dem Vertrage v. 1793 die Absicht der Parteien unterlegen, daß eine Uebernahme der Steuern durch das Domcapitel sich auf die damals vorhandenen Abgaben und die Ansprüche auf Ersatz beschränke, welche [42] das Domcapitel wegen der ihm bereits auferlegten Abgaben an seine Gutsunterthanen zu machen hatte, so hätte nicht allein die Zusicherung der Nichterhöhung des Aversums für die ordinäre und extraordinäre Contribution und die gewöhnlichen Reichssteuern, nicht den Sinn, den die Worte des Vertrags aussprechen, sondern auch die vorbehaltene Ausnahme würde nicht nach dem Wortlaute ausgelegt werden. Neue und außerordentliche Reichs- und Kreissteuern [43] oder neue bischöfliche Charitativgelder sollen das Domcapitel berechtigen, neue Anforderungen an die Hufenbesitzer zu machen. Unter außerordentlichen Steuern kann man, dem zur Zeit der Reichsverfassung bekannten Sprachgebrauche nach, nur solche verstehen, welche für ein ungewöhnliches und vorübergehendes Bedürfniß auch nur als vorübergehende erhoben werden. In diesem Sinne ist auch die Ausnahme gerade den Abgaben der ordinären [44] und extraordinären Contribution, welche jede Beihülfe der Unterthanen zum ordentlichen Staatshaushalte umfaßt, entgegengestellt, und jene außerordentlichen Steuern wurden in der That auch nur dann in Anwendung gebracht, wenn besondere Gründe sie nothwendig machten. So schrieb man außerordentliche Reichs- und Kreissteuern aus, wenn die Vertheidigung des Reiches und Kreises gegen auswärtige Feinde, längere Kriege das Bedürfniß nach bedeutenderen Geldmitteln erstellten, bischöfliche [45] Charitativgelder wurden verlangt, wenn ein besonderer Nothstand des Landesherrn, wie z. B. drückende Schulden vorhanden waren, sie wurden bewilligt, weil die Folgen einer Verweigerung doch auf das Land zurückgefallen wären, und in diesem und jenem Falle wurde an die Uebernahme oder die Auflegung einer bleibenden Last nicht gedacht, sondern mit dem Vorübergehen außerordentlicher Ereignisse und dem Verschwinden der Folgen derselben [46] gerade vermöge der

außerordentlichen Besteuerung, fiel auch der Grund der letzteren und sie selbst wieder weg.

Zachariä, Deutsch. Staats- und Bundesrecht. §. 219. 220.

Lang, Historische Entwickelung der deutsch. Steuerverfassungen. S. 171. 217.

Daß unter außerordentlicher Steuer nur eine vorübergehende, die in ungewöhnlichen Fällen zu entrichten ist, zur Zeit der Reichsverfassung verstanden wurde, wird durch [47]

Moser, Von den Steuersachen. S. 532. 555. 566. 581, und

Klüber, Oeffentliches Recht d. deutsch. Bundes. §. 402.

dargethan.

Es ist nicht zu verkennen, daß möglicherweise im Verlaufe der Zeiten mit den wachsenden Bedürfnissen des Staates zur Verbreitung und Verwirklichung einer fortgeschrittenen Cultur der ordentliche Bedarf des Staatshaushaltes in einer Weise steigt, daß das vertragsmäßige Aversum dem Domcapitel und [48] jetzt seinem Rechtsnachfolger keinen gehörigen Ersatz für die übernommene Verpflichtung mehr gewährt, eine solche Veränderung der Umstände begründet aber nicht den Nachweis, daß eine Steuer auch eine außerordentliches Bedürfniß des Staates in sich trage, und sie genügt nicht, um den Verklagten von den Folgen des Vertrags von 1793 zu befreien. Er muß vielmehr so lange an den Bestimmungen jenes Vertrags festhalten und ihnen gemäß (49) für neue Steuern den Hufenbesitzern Ersatz leisten, bis er ihnen nachzuweisen vermag, daß der im Vergleich vorkommende Ausdruck nach der Absicht der Contrahenten auf alle neue durch außerordentliche Bedürfnisse herbeigeführte Auflagen ging, und wenn zugleich behauptet würde und dargethan werden könnte, daß bei Auflegung der in Frage stehenden Abgabe ein solches außerordentliches Bedürfniß vorlag. Der Verklagte hat aber solche [50] Behauptungen in keiner Weise thatsächlich aufgestellt und näher begründet. Er weist zwar darauf hin, daß die Verkaufsabgabe v. J. 1813, welche auf die Stellübertragung an den Kl. in Anwendung zu bringen ist, weil sie in belasteter Weise erfolgte, unmittelbar nach der fran-

zösischen Fremdherrschaft bei Reorganisation des gesammten Steuerwesens eingeführt wurde. Keinem Zweifel mag unterliegen, daß die Freistadt Lübeck im Jahre 1813 [51] nach einer Reihe von Kriegsjahren außerordentlicher Hülfsmittel bedurfte, allein daß die Verkaufsabgabe zur Deckung derselben speciell diente, ist nicht behauptet, geht aus den Einführungsworten der betreffenden V. v. 28. Mai 1813 (V. S. B. 1. p. 25), die nur von Bestreitung der nothwendigen öffentlichen Ausgaben spricht, auf keine Weise darauf deutet, daß die Abgabe nur als [52] außerordentliche erhoben werden soll, nicht hervor, und widerlegt sich durch die jetzige Existenz der Steuer, weil diese deutlich darthut, daß sie eine ordentliche Steuer ist, und zur Deckung des gewöhnlichen Staatsaufwandes dient. — Dem Richter steht zwar kein Urtheil darüber zu, was ein außerordentliches Bedürfniß des Staates ist und ob eine neue Steuer einem solchen entspringt; er kann nur darüber entscheiden, ob eine Steuer eine [53] außerordentliche sei, weil er nur hierüber bestimmte Rechtsnormen hat, denen er das thatsächlich Vorgetragene subsummiren kann und die er aus dem obigen Begriffe herzuleiten hat.

Der lübische Staat hätte nach dieser Ausführung als Gutsherrschaft vertragsmäßig den Capitelsdörfern alle neuen Steuern, so lange ihre außerordentliche Eigenschaft nicht nachgewiesen ist, die er vermöge seiner Finanzhoheit als Staatsgewalt [54] von ihnen erhebt, wieder zu ersetzen und muß, bei der Vereinigung jener beiden Rechtsverhältnisse in sich, entweder die Erhebung neuer ordentlicher Steuern von den Capitelsdörfern unterlassen, oder auf eine angestellte Klage das Erhobene wieder zurückgeben.

Die Bezeichnung einer Steuer als einer directen oder indirecten ist bezüglich der Ersatzpflicht von keiner rechtlichen Wirkung. Die Hufenbesitzer sagen zwar nur [55] die Leistung eines Grundsteuerbeitrags zu, bei Bestimmung der Gegenleistung spricht aber der Vertrag von allen und jeden öffentlichen, bisher von der ordinären und extraordinären Contribution abgehaltenen Ausgaben, wie sie Namen haben oder erhalten mögen, und unterscheidet nicht, ob diese Ausgaben infolge von Anforderungen directer oder

indirecter Steuern durch die Steuerbehörden entstehen oder nicht, sondern es soll Alles für jene Hufensteuer [56] bestritten werden, was überhaupt im ordentlichen Besteuerungswege zur Last der Contributionscasse fällt.

Die Beschwerde des Appellanten gegen das v. U. muß nach dieser Auslegung des Vertrags für begründet erachtet und demgemäß jetzt noch einer Prüfung unterworfen worden, ob die der Klage entgegengehaltene Einrede rechtskräftiger Entscheidung dieselbe zu elidiren vermag. — Diese Einrede setzt voraus, daß der Inhalt [57] der neuen Klage dem Ausspruche des früheren Urtheils widerspricht, und daß die jetzt streitenden Theile auch in dem früheren Processe sich gegenüber standen.

l. 7. §. 4. D. de exc. rei jud. 44, 2.

Sie geht activ und passiv auf die Universal- und Singularsuccessoren über, sobald der Uebergang eines Rechtes nur während oder nach dem früheren Processe stattgefunden hat,

v. Vangerow, Leitf. zu den Pandecten, §. 173. 4. b.

und kann solchen einzelnen Personen entgegen gehalten [58] werden, die zu einer Gemeinschaft gehören, welche juristisch als eine Persönlichkeit gilt und die aus demselben Rechtsgrunde einen Rechtsstreit wegen desselben Gegenstandes beginnen, der bereits früher gegen die letztere entschieden wurde. Es ist hiernach gleichgültig, ob der Rechtsvorfahrer des Klägers als Mitglied oder Vorsteher der Gemeinde Brodten oder als Privatperson sich an dem früheren Processe betheiligte, was aus den Behauptungen des [59] Verklagten nicht ersichtlich ist, weil in beiden Beziehungen dem jetzigen Kl. gegenüber die Identität der Person hergestellt wäre. Die Entscheidung dieser Frage ist jedoch von keinem rechtlichen Belange, weil die übrigen Voraussetzungen dieser Einrede mangeln. — So viel aus den Verhandlungen vor dem vorigen Richter erhellt, sprach das frühere Urtheil den Satz aus, daß die Militärsteuer nicht unter diejenigen Auflagen gehöre, von welchen die Capitelsdörfer (60) durch den Vertrag befreit sind. Es ist dies eine Frage, die sich bei einer jeden neuen Steuer, die nicht zweifellos zu den außerordentlichen Steuern gehört, wiederholen wird, und der, wenn sie streitig

wird, nicht das wegen einer früheren Steuer ergangene Urtheil entgegengesetzt werden kann, weil ja letzteres immer nur über die speciellen Eigenschaften der einzelnen Steuer, als einer ordentlichen oder außerordentlichen erkannt wird. [61] Wollte man, die Identität der streitenden Theile vorausgesetzt, das Urtheil v. J. 1850 (Nr. 286.) als Wahrheit zwischen ihnen gelten lassen, so schließt diese Annahme durchaus keine Entscheidung über die im jetzigen Rechtsstreite anhängig gemachte Forderung in sich, obgleich diese auf dem gleichen Rechtsgrunde beruht. Zur Identität der Frage gehört aber außer demselben Rechtsgrunde auch der gleiche Gegenstand, und der ist hier verschieden,

l. 12. 13. 14. h. t.

[62] denn dort wurde über die Militärsteuer, hier soll über die Verkaufsabgabe erkannt werden. Beide Urtheile können aber recht wohl neben einander bestehen, ohne daß ihr Inhalt sich gegenseitig widerspricht. Wäre das frühere Urtheil auf den Grund ergangen, daß die Capitelsdörfer überhaupt keine Rechte aus dem Vertrage gegen die Staatsgewalt herleiten könnten und unbedingt zu jeder Steuer beizuziehen seien, dann enthielte das Urtheil über die Militärsteuer als [63] causa minor zugleich die Entscheidung über das allgemeine Recht der Capitelsdörfer als quaestio major, und die logische Nothwendigkeit erforderte die Abweisung der neuen Klage als bereits entschieden.

l. 1. C. de ord. jud. 3, 8.

Zu 2. Der Kläger hat seine Beschwerde auch auf den Art. 14 des Vertrags von 1793 gestützt, in welchem das Domcapitel die Zusicherung ertheilte, beim Wechsel im Hufenbesitz die Abgabe für das laudemium, Antrittsgeld [64] oder Auslösung des Hausbriefes, nie über 5 Rh. zu erhöhen. Nachdem dem Vertrage entschieden jede Wirkung auf das öffentliche Recht abgesprochen wurde, fällt dieser Theil der Beschwerde von selbst hinweg. In dem angezogenen Artikel kommen die Parteien über die Höhe einer Abgabe überein, welche nur auf einem privatrechtlichen Titel beruhen kann, eine für Ueberlassung des Nutzeigenthums und Anerkennung des Nachfolgers dem [65] Obereigenthümer zufallende

Leistung ist, welche nach deutschrechtlichen Grundsätzen gerade in der auf öffentlichem Rechte entspringenden Grundsteuer ihren directen Gegensatz findet. — Selbst wenn man den Vertrag als mit dem Landesherrn abgeschlossen betrachten und in dessen Zusicherungen ein Privilegium gegenüber dem Besteuerungsrecht finden wollte, so könnte, wenn auch eine Vereinigung der Befugnisse der Staatsgewalt und der Gutsherrschaft in einer Person erfolgte, [66] jener Artikel doch nie den Anforderungen von Steuern entgegen gehalten werden, weil die Stadt Lübeck in einer doppelten rechtlichen Eigenschaft hier erscheint und die Uebereinkunft mit klaren Worten sagt, für was die Abgabe zu leisten ist und solche privatrechtliche Rechtsverhältnisse mit jenen des öffentlichen Rechts in gar keiner Beziehung stehen.

Was schließlich die Beschwerde wegen des Kostenpunkts anbelangt, so ist dieselbe [67] theilweise gerechtfertigt, weil Kläger durch die Abweisung der Klage benachtheiligt und seine Beschwerde dagegen für begründet erachtet werden mußte. Da man aber wegen der Zweideutigkeit des Rechtsverhältnisses dem unterliegenden Theile keine Schuld wegen muthwilliger Proceßführung beimessen kann, mußten die Kosten erster Instanz, soweit darüber noch nicht rechtskräftig erkannt, verglichen, dagegen die Kosten der zweiten Instanz wegen seines Unterliegens und auf Grund der [68] V. v. 28. Juni 1851 die der Actenversendung dem Verklagten zugeschieden werden.

Hiegegen Berufung an das OAG mit der Bitte um Herstellung des ersten Erkenntnisses oder doch Abweisung der Klage auf Grund der proceßhindernd vorgeschützten Einreden; und ferner eventuell um Vergleichung der Kosten zweiter I. Das Oberappellationsgericht verwarf jedoch die Appellation als nicht an dasselbe erwachsen aus folgenden Gründen:

Die vorliegende Appellation mußte zurückgewiesen werden, weil es an den [2] Voraussetzungen fehlt, unter denen nach §. 14, V. v. 5. Juli 1820 eine Berufung an das OAG. gestattet ist. Den Anlaß zur Betretung des Rechtswegs gab die Erhebung der Abgabe von $1/2$ Proc. auf Grund der V. v. 27. Dec. 1845 §. 3. bei Ueberlassung der Stelle

des Vollhufers Kahrstedt an seinen Sohn, den jetzigen Kl. Nachdem ein von ihm in Beistand der Dorfschaften Brodten, Gneversdorf, Teutendorf und Ivendorf an den Senat gerichtetes Gesuch von diesem am 11. Febr. 1857 abschläglich beschieden, und die Supplicanten, also die Dorfschaften und der Kl., angewiesen waren, der Verordnung über die Verkaufsabgabe nachzukommen, ihre etwaigen Rechtsansprüche aber [3] gegen den Staat mittelst Klage wider den Fiscal zu verfolgen, war eine mehrfache Verfolgung der betreffenden Rechtsansprüche denkbar. Es konnten, wie solches in einem früheren Fall, wo die Verpflichtung zur Militärsteuer bestritten ward, geschehen ist, die Dorfschaften ihre Freiheit von der Abgabe verfolgen, und dieser Weg würde zu einer endlichen Regulirung des streitigen Verhältnisses geführt haben. Es konnte aber noch der Einzelne, dessen Fall den Anlaß zu der Contestation gegeben hatte, den Rechtsweg betreten, und zwar entweder so, daß er als Mitglied der Dorfschaften oder als Eigner des Grundstücks die Freiheit von der Abgabe in Anspruch nahm, oder so, daß er nur für dem concreten Fall das Gezahlte zurückforderte. [4] Von diesen verschiedenen Wegen ist der letzte eingeschlagen, und der Klagbitte zufolge mittelst rein persönlicher Klage die Rückgabe der in specieller Veranlassung der obgedachten Uebergabe von ihm verlangten und geleisteten, jedoch seiner Behauptung nach grundlosen Zahlung verlangt. Nur von diesem Standpunkt aus darf daher die Rechtsvertheidigung wie die darauf ergangenen Urtheile, von denen das erste den Kl. abwies, das zweite dagegen den Bekl. unter genauem Anschluß an die Klagbitte verurtheilt hat, beurtheilt werden. Entschieden ist also hierdurch nur, daß im gegenwärtigen Fall die Abgabe nicht zu zahlen sei, nicht aber, daß die Abgabe den Kl. überall nicht treffe; die Verwerfung der sämmtlichen von dem Bekl. dawider erhobenen Einwendungen hat also nicht die Bedeutung von Entscheidungen, sondern nur von [5] Entscheidungsgründen, und sie haben für jeden ferneren, auch den Kl. betreffenden gleichen oder ähnlichen Fall nur die Bedeutung von Präjudicaten. Nun hängt aber der richtigen Ansicht zufolge die Zulässigkeit der Appel-

lation wesentlich ab von dem Umfang der Rechtskraft. Ist also diese dem Obigem zufolge auf die jetzige Zahlung von 150 M. beschränkt, und die Freiheit des Klägers von der Zahlung der Abgabe überhaupt nicht Gegenstand der Entscheidung, so kann von dem Vorhandensein der AS. nicht die Rede sein. Nur dann würde man berechtigt sein, von der vorstehenden Auffassung abzusehen, wenn der Bekl. mit Bestimmtheit seine Absicht zu erkennen gegeben hätte, die Rechtsfrage, ob die Anwendbarkeit der V. v. 1845 durch den s. g. Capitelsvergleich v. 1793 ausgeschlossen werde, [6] unter den jetzigen Litiganten zum endlichen Austrag zu bringen, und in diesem Sinne derselbe unter den Parteien ventilirt, und in den früheren Urtheilen entschieden wäre, was nicht geschehen ist.[1])

---

## 420. Dritte Träger-Section i. S. d. Träger-Aeltst. w. Dugge, 30. Oct. 1860. T125W.

1) Ward die Arbeitsberechtigung eines Verlehnten gesetzlich fixirt, und ist nur die Zeit vor der Feststellung in Frage, so handelt es sich nicht mehr um eine für die unbestimmte Zukunft wirksame Gerechtsame, bei welcher es auf das Vorhandensein der AS. nicht ankommt, sondern um ein fest begrenztes schätzbares Recht, in Bezug auf welches der Appellant das Vorhandensein der AS. nachzuweisen hat.

2) Die Anwendung eines irrigen Rechtsprincips, welches für spätere Fälle nur die Bedeutung eines Präjudizes hat und nicht die einer rechtskräftigen Entscheidung, ist für die Appellabilität ohne Bedeutung.

3) Die Zulässigkeit der Appellation wird durch den Umfang der Rechtskraft bedingt. (419, 2.)

---

[1]) Vgl. jedoch die neueste Entscheidung: St. u. St Departement w. Hildebrandt, Mai 1865, nach vorgängiger Anwendung von §. 73. Abs. 2. OAGO.

1) Der den Kl. entzogene Arbeitslohn erreicht die AS. nicht. Nun sind freilich

2) die Parteien darüber in Streit, ob den Klägern ein ausschließliches Recht zugestanden habe, den Steinkohlen-Transport vom Hafen an das Hüxterthor zu besorgen, indem der auf Zahlung des Arbeitslohns gerichteten Bitte ungeachtet sich nach dem Inhalt der Klage [3] nicht verkennen läßt, daß die Kläger die von ihnen in Anspruch genommene Arbeitsberechtigung zum Gegenstand ihres Rechtsstreits gemacht haben.

Sehr zweifelhaft erscheint es aber schon, ob diese „Gerechtsame" noch in j. I. als Gegenstand des Rechtsstreites angesehen werden kann. Denn die ausschließliche Berechtigung der Kl. ist in dem v. U. ebenso wie in dem WGE. ausdrücklich richterlich anerkannt, und die Klage nur deshalb, weil es einer anderweiten thatsächlichen Begründung der Größe des erlittenen Schadens bedürfe, angebrachtermaßen abgewiesen worden. Die Beschwerde der Kl. konnte sich also nicht dagegen richten, daß ihnen die fragliche Arbeitsberechtigung abgesprochen [4] worden sei, sondern sich, wie geschehen, nur noch auf die Art und Weise der Liquidirung der ihnen für den Fall der Verletzung zukommenden Entschädigung beziehen. Trägt man aber auch mit Rücksicht darauf, daß das v. U. in seiner Entscheidung sich darauf beschränkt hat, die Klage angebrachtermaßen abzuweisen und dadurch den Kl. die volle Sicherheit entgeht, ihre Gerechtsame in dem neuen Proceß als bereits rechtskräftig feststehend anerkannt zu sehen, Bedenken, die Arbeitsberechtigung der Kl. gar nicht mehr als Gegenstand des Rechtsstreits zu erachten, so kann dieselbe doch auch abgesehen hiervon zur Begründung der Appellabilität nicht dienen. Durch den unter dem 15. Oct. 1859 erlassenen Nachtrag z. d. Regulativ v. 2. Febr. deff. I. ist die Arbeitsberechtigung der Kl., wie beide Parteien ausdrücklich anerkennen, in Fällen der vorliegenden Art für die Zukunft fest regulirt, und zwar dahin, daß, wenn Steinkohlen auf eine Entfernung von mehr als 500 Schritt lose auf Wagen transportirt werden sollen, die Träger nur zum Transport bis an den Wagen, nicht

aber zu dem weiteren Transport ausschließlich berechtigt sein sollen. Der vorliegende Streit dreht sich also nur darum, welchen Inhalt die Arbeitsberechtigung der Kl. vor der Publication des gedachten Nachtrages gehabt habe, und hat für die Zukunft gar keine Bedeutung mehr. Wenn aber §. 14 d. V. v. 5. Juli 1820,[1]) Sachen die „Gerechsame" betreffend, ohne Weiteres für appellabel erklärt, so kann dies nur in dem Sinne gemeint sein, daß eine in unbestimmte Zukunft hinaus wirkende Berechtigung den Gegenstand des Rechtsstreites ausmache, daß der Ausgang des Rechtsstreites darüber Rechtskraft erzeuge, ob die eine Partei sich der prätendirten Berechtigung der andern auch für alle folgenden Fälle der Ausübung zu unterwerfen schuldig sei, oder nicht. Eine solche Wirkung des Rechtsstreites steht aber hier nicht in Frage, es handelt sich vielmehr zunächst nur darum, welche Folgen die Verletzung des klägerischen Rechts in dem der Vergangenheit angehörigen concreten Fall nach sich ziehe. Nur insofern würde dabei das zum Gegenstand des Rechtsstreites gemachte Arbeitsrecht der Kläger selbst mit in Frage stehen, als es seine [7] Wirkung noch bis zum Erscheinen der Nachtrags-V. v. 15. Oct. 1859 hätte äußern können. Insoweit aber ist dasselbe kein seines unbestimmbaren Werthes wegen appellabeles, sondern ein fest begrenztes und an sich schätzbares, und es wäre, hätte die Appellabilität hierdurch begründet werden sollen, Sache der Kläger gewesen, die nöthigen thatsächlichen Angaben zu machen, woraus sich die Erfüllung der AS. ergeben hätte.

3) Offenbar meinen aber die Kl. etwas ganz Anderes, wenn sie geltend machen, es handle sich bei ihrer Appellation um die Anerkennung einer für sie sehr bedeutsamen Gerechtsame. Sie meinen damit die in Anspruch genommene Befugniß, in Fällen, wo ihnen eine [8] zustehende Arbeit entzogen worden ist, den ganzen tarifmäßigen Arbeitslohn fordern zu dürfen, im Gegensatz zu der Ansicht des v. U., daß sie sich den in der frei gebliebenen Zeit zu erlangenden sonstigen Verdienst abziehen lassen müßten. Allein hierdurch wird die Appellabilität der Sache nicht begründet. Denn es

[1]) S. oben Nr. 414 u. jetzt GVG. §. 34 unter a.

handelt sich hier nicht etwa von einem speciellen Bestandtheil des klägerischen Privilegiums, welcher den Klägern für alle Zukunft ab- oder zugesprochen werden würde, und also als wahrer Gegenstand des Rechtsstreites anzusehen wäre. Vielmehr ist es eine allgemeine Frage des lübeckischen Gewerberechts, eventuell des gemeinen Rechts, welche Folgen die Verletzung einer ausschließlichen Arbeitsberechtigung nach sich ziehe, und ob der Berechtigte insbesondere den ganzen Lohn oder nur [9] den entgangenen Ueberverdienst fordern könne. Mag diese Frage in einem Falle unrichtig entschieden worden sein, so liegt darin nur die Anwendung eines irrigen Rechtsprincips, welche nicht hindert, in anderen Processen, sollten sie auch unter den nämlichen Parteien verhandelt werden, den richtigen Rechtssatz zur Anwendung zu bringen. Der Einfluß der jetzigen Entscheidung auf andere gleichartige Fälle könnte daher nur der eines ungünstigen Präjudicates sein. Daß aber dieser Einfluß bei Beurtheilung der Appellabilität nicht in Betracht kommen dürfe, folgt daraus, daß die Appellabilität nicht über den Umfang dessen hinausgehen kann, was im einzelnen Fall Gegenstand rechtskräftiger Entscheidung zu werden sich eignet, und ist vom OAG. schon mehrfach anerkannt worden. [1])

---

## 422A. Schöpfer i. B. d. Böttcheramts Bekl. w. Bandreißer-Aelteste, 30. Oct. 1860. S585S.

Nach älteren und seit Vergleich v. 1798 ergangenen Wette-Bescheiden v. 19. März 1800, 4. Febr. 1801 u. 8. Febr. 1804, namentlich aber nach rechtskräftiger Entscheidung der Wette v. 5. Mai, bestätigt durch Senatsdecret v. 13. Juni 1804 sind die Bandreißer befugt, den Bezug fertiger Tonnenbänder aus der Fremde, gleichgültig, ob ohne oder unter Vermittelung Dritter, insonderheit von Kaufleuten, erfolgt, den Genossen des Böttcheramts zu verbieten.

[1]) S. u. A. oben Nr. 414.

## 422B. Bandreißer-Aelteste w. Schöpfer, 31. Oct. 1864, B529R.

Einem Böttchermeister ward zur Beseitigung des Nr. 422A dargelegten Rechts der Bandreißer der Beweis nachgelassen: daß das Beziehen von 50 Bund größerer Elbischer Tonnenbänder und der Ankauf von 200 Bund kleinerer Elbischer Bänder, welche Handlungen Anlaß gegeben zur gegenwärtigen Klage, geschehen sei zur Ausführung von Arbeiten, für welche nach Maaßgabe der Bestellung Elbische Bänder nothwendig zu verwenden gewesen, so wie, daß das bestellungsmäßige Bandholz unverarbeitet nur mit so schweren Opfern zu beziehen gewesen sei, daß sich für dasselbe hier keine Verwendung würde haben finden lassen.

Der Bekl. hat von seinen wider die Klage vorgebrachten Einwendungen

[2] 1) diejenige, welche dahin gerichtet war, daß die Klage, soweit sie die successiv von dem hiesigen Handelsmann Benthien gekauften 200 Bund kleiner Elbischer Bänder betreffe, deshalb unbegründet sei, weil den Böttchern das Recht, fertige Tonnenbänder am hiesigen Platze zu kaufen, allerdings zustehe, in gegenwärtiger J. nicht weiter verfolgt. Denn nicht nur hat er die in voriger J. erfolgte Verwerfung dieses Einwandes nicht zum Gegenstande einer besonderen Beschwerde gemacht, sondern auch in der Rechtfertigung seiner Hauptbeschwerde, daß die Klage nicht mindestens angebrachtermaßen abgewiesen worden sei, den fraglichen Einwand, der überdies auch nicht zur Abweisung der ganzen Klage, sondern nur eines Theils derselben hätte führen können, nicht weiter benutzt. Es bedarf daher keiner näheren Ausführung, daß dieser Einwand in beiden [3] vorigen J. auf Grund der früheren rechtskräftigen Entscheidungen mit Recht als völlig unbegründet verworfen worden ist.

2) Als ein nicht zu beachtender stellt sich auch der fernere, noch in dieser J. geltend gemachte Einwand dar, daß die

Tonnenbänder, von dessen Bezug bzw. Ankauf es sich gegenwärtig handle, außerhalb der lübeckischen Bannmeile verfertigt seien; und zwar steht demselben

a) wie von den vorigen Richtern ausgesprochen, und vom Beklagten zu widerlegen auch nicht einmal versucht ist, zunächst schon die Replik rechtskräftiger Entscheidung aus dem letzten wider den Bekl. verhandelten Processe entgegen. Er ist aber auch

b) ein materiell völlig unbegründeter, indem die Nichtbeschränkung des Verbietungsrechts der Kl. durch eine Bannmeile unzweifelhaft aus zahlreich vorliegenden älteren WB. sich ergiebt, in [4] denen nicht nur bei dem den Böttchern gewordenen Verbot, fremde Bänder zu kaufen, niemals der Bannmeile Erwähnung geschieht, sondern in welchen vielmehr das Verbietungsrecht der Bandreißer in Fällen anerkannt ist, wo die fertigen Bänder über See und Sand eingeführt waren.

WB. v. 1. u. 6. Oct. 1773; 2. April 1774.

Wenn daher, soviel die gegenwärtig von beiden Theilen erhobenen Beschwerden betrifft,

I. der Beklagte sich principaliter darüber beschwert, daß nicht die Klage mindestens angebrachtermaßen abgewiesen sei, so folgt aus der obigen Erörterung unter 2), daß, insoweit diese Beschwerde darauf gegründet wird, es stammten die [5] fraglichen Bänder von einer Gegend außerhalb der Bannmeile her, dieselbe gar keine Beachtung finden konnte. Allein auch insofern die sofortige Abweisung der Klage deshalb begehrt wird, weil das Verbietungsrecht der Kl. in dem Umfange, wie sie es, auch abgesehen von der Bannmeile, geltend machen, jedenfalls ein unbegründetes sei, stellte sich die Beschwerde als klar verwerflich dar. Denn selbst wenn es in thesi richtig ist, daß das Verbietungsrecht der Kl. in einem Falle wie der, welcher angeblich vorliegen soll, eine Ausnahme leide, so fragt es sich ja doch zunächst, ob die factischen Umstände, auf welche der Bekl. seinen Einwand gründet, wahr sind. Von einem Beweise konnte also keinenfalls Umgang genommen werden.

II. Gleichfalls unbegründet war aber auch die erste, die

Wiederherstellung des WGErk. bezielende Beschwerde der Kl. [6] Das Recht der Bandreißer, den Böttchern den Ankauf fertiger Tonnenbänder zu verbieten, ist nur eine Folge ihres ausschließlichen Rechts auf die Verfertigung der Tonnenbänder aus unverarbeitetem Bandholz. Denn es ist klar, daß, wenn die Böttcher nicht nur, was ihnen durch den Vergleich von 1798 eingeräumt ist, das Recht haben, ihr eigenes Bandholz mit ihren Gesellen und Burschen für ihr Gewerbe selbst zu reißen und in den Band zu bringen, sondern auch, fertige Bänder zu kaufen, der Bandreißer ausschließliche Arbeitsbefugniß völlig illusorisch werden würde. Eben weil das jetzt streitige Verbietungsrecht nur zum Schutze ihrer ausschließlichen Arbeitsbefugniß dient, muß es aber nothwendig, wie auch in dem früheren Processe von 1857 vom OAG. auf Grund älterer rechtskräftiger Entscheidung geschehen, als ein allgemeines und unbeschränktes anerkannt werden. Allein, in solchen [7] Fällen, welche weder i. J. 1804 noch i. J. 1857 vorlagen, wo die Bandreißer selbst nicht in der Lage sind, von ihrer ausschließlichen Arbeitsbefugniß Gebrauch machen und den Böttchern die benöthigten Bänder aus rohem Bandholz reißen zu können, muß mit dem Grunde und Zwecke des Verbietungsrechts in Beziehung auf den Ankauf fertiger Bänder auch dieses Recht selbst hinwegfallen. Denn daß die Bandreißer neben der ausschließlichen Arbeitsbefugniß — soweit nicht durch den Vergleich von 1798 beschränkt — auch noch ihrerseits ein ausschließliches Recht auf das Beziehen und den Ankauf fertiger Bänder zum Verkauf haben, ist von ihnen nicht geltend gemacht worden, und würde, wenn behauptet, mit früher ergangenen Entscheidungen in Widerspruch treten.

Bandreißer w. Ladewig i. B. d. Böttcheramts, Sept. 1830. p. 10. (Fehlt in S.)

[8] Insofern also eine gewisse Gattung Bandholz, dessen die Böttcher zu gewissen Arbeiten benöthigt sind, anders als schon zu Bändern verarbeitet gar nicht in den Handel kommt, und zu beziehen ist, haben die Bandreißer kein Recht, den Böttchern dieses zu wehren. Hierauf geht aber gerade die in den beiden vorigen J. aufgestellte Be-

hauptung des Bekl. in Betreff Elbischer Bänder. Man braucht daher, um den Einwand des Bekl. für einen an sich rechtlich begründeten zu erklären, nicht mit den vorigen Richtern in die bedenkliche Frage der Collision bestehender Zunftrechte mit den Interessen des Handels einzugehen, wiewohl freilich auch die von den vorigen Richtern getroffene Entscheidung dieser Frage durch Dasjenige, was die Kl. dawider vorbringen, nicht widerlegt wird, indem alle von ihnen angeführten Beispiele nicht beweisen, daß in [9] Lübeck Verbietungsrechte einer Corporation selbst dann anerkannt worden sind, wo diese Anerkennung die Unmöglichkeit der Ausführung gewisser Arbeiten am hiesigen Platze herbeiführen würde. — Wenn Kl.

1) meinen, daß diese Behauptung deshalb gänzlich unberücksichtigt hätte bleiben müssen, weil der Bekl. sie nicht als Einrede wolle aufgefaßt haben, sondern als negative Litiscontestation, was sie doch nicht sei, ohne sie auch nur eventuell als Einrede geltend zu machen, so bedarf das keiner Widerlegung. Eben so wenig läßt sich

2) den Kl. darin beitreten, daß wenigstens jetzt, da der Bekl. in dieser J. seine obige frühere Behauptung zurückgenommen, und durch die Einräumung, daß es möglich sei, jedes beliebige Bandholz von auswärts auch im unverarbeiteten Zustande zu beziehen, seinem Einwande das ganze factische Fundament [10] entzogen habe, der Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses Nichts mehr im Wege stehe. Denn der Bekl. hat seine frühere Behauptung nicht sowohl zurückgenommen, als vielmehr nur näher dahin erläutert und modificirt, es sei das Beziehen unverarbeiteten Elbischen Bandholzes, wenngleich an sich, doch nur mit so unverhältnißmäßigen Opfern möglich, daß sich für die hier daraus gefertigten Bänder gar keine Verwendung würde finden lassen. Und wenn dies wahr ist, so muß das der wirklichen Unmöglichkeit des Beziehens rechtlich völlig gleich geachtet werden. Es kann also die solchergestalt modificirte Behauptung, da sie nicht, wie die Kl. meinen, als völlig unglaubwürdig ohne Weiteres bei Seite zu setzen ist, nimmermehr zur Verwerfung des Einwandes führen. — War mithin den beider-

seitigen [11] Principalbeschwerden nicht zu entsprechen, so kommen nur noch die eventuellen in Frage. Von diesen ist

III. die zweite Beschwerde des Bekl., welche bezielt, daß zunächst den Kl. der Beweis ihres Verbietungsrechts in dem Umfange auferlegt werde, wie erforderlich, um die Einwendungen des Bekl. als unbegründet erscheinen zu lassen, eine durchaus verwerfliche. Wenn nämlich der den Kl. aufzulegende Beweis

1) dahin gehen soll, daß ihnen ein Verbietungsrecht hinsichtlich des Bezugs fremder fertiger Bänder, ohne Rücksicht auf die Bannmeile, zusteht, so war dieses Verlangen nach der einleitenden Ausführung unter 2. nicht zu beachten. Wenn aber

2) Kl. noch erst beweisen sollen, daß ihnen das Verbietungsrecht auch zusteht ohne Rücksicht darauf

a) aus welchem Holze die Bänder verfertigt werden, und

[12] b) ob das Holz in Gestalt von unverarbeitetem Bandholz überhaupt zu beziehen sei, so kann

zu a) von dem ersteren Beweise aus dem doppelten Grunde nicht die Rede sein, weil erstens eine Beschränkung des Rechts der Kl. in dieser Beziehung in dem gegenwärtigen Processe seither gar nicht behauptet ist, und weil zweitens für eine solche an und für sich auch gar kein Grund vorliegt. Was aber

zu b) den zweiten verlangten Beweis betrifft, so übersieht der Bekl., daß eine Ausnahme des Verbietungsrechts der Kl. für den Fall, daß Bandholz unverarbeitet gar nicht zu beziehen sein sollte, von den vorigen Richtern bereits ausdrücklich anerkannt ist, indem sie sonst gar nicht so, wie geschehen, auf Beweis hätten erkennen können. Diese ganze Beschwerde war also, auch [13] abgesehen von den ihr entgegenstehenden processualischen Grundsätzen über die Beweislast, zu verwerfen. Wenn ferner, soviel die Fassung des von den vorigen Richtern normirten Beweises betrifft,

IV. der Beklagte mittelst seiner dritten Beschwerde verlangt, daß der zweite Theil jenes Beweises, dahin lautend: „daß das zu den fraglichen Arbeiten taugliche Band-

holz von den auswärtigen für den lübeckischen Gewerbsbetrieb in Frage kommenden Plätzen nicht anders als verarbeitet in Form von Bändern zu beziehen sei," gänzlich gestrichen werde, so konnte diesem Verlangen unmöglich stattgegeben werden, da in diesem, seinem wesentlichen Inhalte nach dem früheren Vorbringen des Bekl. durchaus entsprechenden Beweissatze gerade das allein Relevante, der Kern seines Einwandes liegt. Vielmehr konnte dessen [14] jetzige Erklärung, seine frühere, wie er zugiebt, buchstäblich nicht zu erweisende Behauptung der völligen Unthunlichkeit des Beziehens Elbischen Bandholzes im unverarbeiteten Zustande, sei nur dahin zu verstehen, daß solches Beziehen nur mit so schweren Opfern möglich sei, daß für das solchergestalt bezogene Bandholz sich hier gar keine Verwendung finden lasse, nur dahin führen, dem Beweise eine dieser Erklärung entsprechende veränderte Fassung zu geben. Denn sollte es wirklich wahr sein, daß für das unverarbeitete Elbische Bandholz ein so unverhältnißmäßig hoher Preis bezahlt werden müsse, daß, wenn nun noch der den Kl. für die Verarbeitung zu Bändern zu zahlende taxmäßige Arbeitslohn hinzukomme, eine Verwendung solcher Bänder zu Böttcherarbeiten nicht thunlich sei, — und dies muß der Bekl. beweisen — so steht die jetzige [15] Behauptung, wie bereits oben bemerkt, in ihrer rechtlichen Bedeutung der ursprünglichen völlig gleich.

V. Theilweise zu berücksichtigen dagegen war die zweite Beschwerde der Kl., welche die Fassung des ersten Theils des obergerichtlichen Beweissatzes betrifft. Dieser Theil des Beweissatzes geht dahin, daß das streitige Beziehen bzw. Kaufen fertiger Elbischer Bänder geschehen sei für Arbeiten, zu deren Ausführung, nach Maaßgabe der Bestellung, das auf lübischem Gebiete gewonnene Bandholz nach Qualität und Quantität unzureichend sei. Die Kl. beantragen dagegen, daß statt dessen nur gesetzt werde: „zu deren Ausführung nur Elbisches Bandholz.... zu verwenden sei;" indem sie theils, und mit Recht, als einen Irrthum rügen, daß als [16] Gegensatz zum Elbischen Bandholze das auf „lübischem Gebiete gewonnene" bezeichnet werde, theils der Ansicht sind, daß es

nach dem Inhalt der fraglichen Einrede nur darauf ankomme, ob zu den bestellten Zuckerfastagen und Meßtonnen nur das Elbische Bandholz brauchbar sei, theils endlich den Zusatz: „nach Maaßgabe der Bestellung" für um so bedenklicher erachten, als nach den Entscheidungsgründen zum vorigen U. die als Zeugen zu admittirenden Kaufleute nicht nur die angeblich von ihnen gemachte Bestellung der fraglichen Arbeiten, sondern, mit Ausschluß eines Sachverständigen-Beweises, auch die (ihnen möglicherweise vom Bekl. selbst suppeditirte) Meinung, daß andere als Elbische Bänder zu solchen Arbeiten nicht taugten, als Thatsachen sollten bezeugen dürfen. Nun ist zwar diese letzte Annahme eine völlig irrige, auch können die Worte „nach Maaßgabe der Bestellung" nicht füglich aus dem [17] Beweissatze entfernt werden, da der Bekl. sich ausdrücklich auf eine bestimmte Bestellung beruft. Indessen mußte es im Uebrigen angemessen und genügend erscheinen, dem ersten Theile des Beweissatzes die im U. ersichtliche veränderte Fassung zu geben, durch welche die Rügen und Bedenken der Kl. ihre Erledigung finden. Auch empfahl es sich, dem ganzen Beweissatze statt der von den vorigen Richtern beliebten allgemeinen Fassung eine mehr concrete, auf den vorliegenden Fall gerichtete zu geben. Da übrigens die Hauptbeschwerden der Parteien als unbegründet verworfen werden mußten, so war die nicht erhebliche Abänderung des Beweissatzes kein Grund, nicht eine durchgängige Compensation der Kosten dieser I. eintreten zu lassen.

## 1861.

### 424. Müller w. Credit- und Versicherungsbank, 24. Jan. 1861. M344R.

Erklärung von §. 96. A. P. (HGB. Art. 879).

Wenn der Kl.

I. seine erste und zweite [2] Beschwerde dahin gerichtet hat, daß so, wie geschehen, erkannt, und nicht vielmehr die Bekl. sofort der Klagbitte gemäß verurtheilt sei, so konnte diesem Antrage unmöglich deferirt werden. — Es ist ein aus der Natur des Seeversicherungsvertrages sich von selbst ergebender und daher auch allgemein anerkannter Grundsatz, daß die Haftungspflicht des Versicherers nicht länger dauert, als der versicherte Gegenstand der Seegefahr ausgesetzt ist, daß sie mithin bei versicherten Waaren jedenfalls mit dem Momente aufhört, wo letztere im Bestimmungshafen gelöscht sind, und der Versicherer, wenn sie beschädigt anlangen, nur die Beschädigung zu ersetzen hat, welche in diesem Zeitpunkte als eine auf der Reise durch Seeunfälle entstandene constatirt [3] ist. Je unthunlicher aber in den meisten Fällen, namentlich dann, wenn eine ganz havarirte Schiffsladung in Frage steht, die sofortige Constatirung nicht bloß des Daseins, sondern auch des Maaßes und Umfangs der Beschädigung sein wird, um so natürlicher ist die im §. 96 des hier normgebenden rev. A. P. Hamb. Seeverf. sich findende Bestimmung, daß, nachdem die dort vorgeschriebene genaue Untersuchung der Waare und die Trennung des Beschädigten vom Unbeschädigten beendigt sei, nunmehr fördersamst das Beschädigte in öffentlicher Auction verkauft und noch vor der-

selben der Werth der betreffenden Güter im unbeschädigten Zustande durch Sachverständige taxirt werden müsse, indem bei den meisten Waaren bei längerem Aufschub des öffentlichen [4] Verkaufs der Versicherer noch länger der Gefahr ausgesetzt ist, durch zunehmende Verschlechterung der beschädigten Waare einen größeren Schaden ersetzen zu müssen, als wozu er rechtlich verbunden ist. — Fragt es sich nun aber, welche Folgen es hat, wenn der Versicherte oder derjenige, dessen Handlungen ihm präjudiciren, jene Vorschriften des §. 96 so, wie im vorliegenden Falle geschehen ist, nicht befolgt, den Verkauf der beschädigten Waare und auch die Taxation derselben im unbeschädigten Zustande nicht fördersamst nach Beendigung der nothwendigen Vorbereitungen geschehen läßt, so kann zwar

A) der Bekl. nicht mit dem NG. darin beigepflichtet werden, daß die betreffende Vorschrift, wie eine solche Clausel und Bedingung des [5] Ass.-Vertrags zu behandeln sei, deren Verletzung, ohne daß es darauf ankomme, ob daraus für den Versicherer wirklich Schaden entstanden sei, den Versicherten ohne Weiteres jedes Anspruchs aus der Police verlustig macht: wie denn auch diese Ansicht weder in den dafür angeführten Schriftstellern, noch auch in der vom NG. im Allgemeinen dafür angezogenen Praxis des OAG., wie unten noch näher vorkommen wird, eine Unterstützung findet. Denn was bei falschen Anzeigen oder bei verschwiegenen wesentlichen Umständen und Nachrichten, bei vorgekommenen Deviationen ꝛc. Rechtens ist, kann nicht ohne Weiteres auf Verletzung einer Vorschrift angewendet werden, welche lediglich die Feststellung des b e r e i t s e i n g e t r e t e n e n, an sich von dem Versicherer zu [6] vergütenden Schadens betrifft, deren Versäumung auch überdies mit dem Verluste jeden Anspruchs nicht bedroht ist. — Andererseits kann aber noch weniger

B) dem Kl. beigetreten werden, wenn er vermeint, daß ein Aufschub des nach dem ang. §. 96 fördersamst vorzunehmenden Verkaufs der beschädigten Eisenplatten durch ungünstige Handelsconjuncturen ohne Weiteres gerechtfertigt werde, so daß die Bekl. ihn als einen ordnungsmäßig vorgenommenen anerkennen und den darnach dispachirten Schaden

bezahlen müßte, wenn nur das Verfahren des Versicherten vom kaufmännischen Standpunkte, ganz abgesehen von dessen Erfolge, ein richtiges gewesen sei... Denn einerseits war, wenn nicht als gewiß, doch als höchst wahrscheinlich anzunehmen, daß die Seewasser-Beschädigung der Eisenplatten durch längeres Lagern sich vergrößern werde, andererseits ist es klar, daß günstige oder ungünstige Handelsconjuncturen und deren Einwirkungen auf die Marktpreise in der Regel auf die Proportion des Werths derselben Waare in beschädigtem und unbeschädigtem Zustande keinen Einfluß ausüben werden, während gerade das Steigen der Marktpreise dem Interesse der Versicherer nicht entspricht, und es daher keinen Sinn hat, wenn der Kl. behauptet, er hätte, um die Verschleuderung der Waare zu verhindern, im Interesse der Bekl. den Verkauf ausgesetzt.

C) Vielmehr führt die allein richtige Auffassung der Vorschriften des §. 96 dahin, daß, während bei stricter Beobachtung derselben der Versicherer überall keine weiteren Nachweisungen über die Größe des von ihm zu ersetzenden Schadens und eben so wenig Zulassung zum Gegenbeweise verlangen kann, der Versicherte durch Verletzung oder nicht gehörige Befolgung jener Vorschriften dieses Vortheils verlustig wird, und nunmehr und zwar auf's Vollständigste beweisen muß, daß sein Verfahren dem Versicherer keinen Nachtheil gebracht habe.

1) Dafür nämlich, daß in einem solchen Falle dem Versicherten dieser Beweis frei bleiben müsse, haben sich nicht nur die Schriftsteller über das Ass.-Recht, so weit sie diesen Punkt berührt,

Benecke, On the principles [9] of indemnity, p.431—32.
Pöhls, See-Ass.-Recht. Th. 2, S. 731—32.

sondern auch wiederholte Entscheidungen des OAG. ausgesprochen:

H. Ass.-Co. v. 1816 (Moraht) w. Schwieger. April 1821.
H. Baur w. 2. u. 6. See-Ass.-Co. (Behrens; Böhmer), Juni 1821.

Denn wenn die Beklagte vermeint, diese letztere Entscheidung komme deshalb nicht in Betracht, weil in der da-

mals normgebenden Hamb. Ass.-O. von 1731 der sofortige Verkauf der beschädigten Güter am Bestimmungsorte noch nicht, wie im §. 96 vorgeschrieben gewesen sei, so ist dieser Einwand [10] deshalb unzutreffend, weil die fragliche Vorschrift des §. 96 als eine auf der Natur der Sache beruhende nichts Neues, sondern nur das festgesetzt, was schon bis dahin entschieden Rechtens war.

Ullrich, Samml. v. handelsr. Erk. 1, S. 56.

Ob mit dem hier befolgten Princip die von der Bekl. geltend gemachte neuere Entscheidung des Hamb. HG.

Ullrich, a. a. O. S. 56.

in directem Widerspruche stehe, kann dahin gestellt bleiben, da eine solche einzeln stehende Entscheidung für die Behandlung, welche der §. 96 in der Hamb. Praxis gefunden, nicht von erheblichem Gewichte ist.

2) Daß es aber mit dem dem Versicherten in solchem [11] Falle obliegenden Beweise strenge zu nehmen sei, folgt schon daraus, daß er sich der Verletzung einer bestimmten Vorschrift schuldig gemacht hat, wie dies ebenfalls vom OAG. bereits in der ersten der oben ang. Sachen anerkannt ist.

Prüft man hiernach die beiden fragl. Beschwerden, so ist deren völlige Verwerflichkeit klar. Denn weit entfernt, daß der Beweis, dessen es hier bedarf, .... bereits vollständig in demjenigen, was mit der Klage beigebracht worden, liege, fehlt es an demselben noch durchaus. Weder ist der Zeitpunkt nachgewiesen, wann die Untersuchung der am 17. Juli 1857 in New-York angelangten Eisenplatten und die Trennung der beschädigten von den unbeschädigten beendet worden, und wo also förderſamst zum öffentlichen [12] Verkaufe nach vorangegangener Taxation hätte geschritten werden müssen, noch ist ein Beweis darüber beigebracht, daß die Beschädigung von da ab bis zum 6. Nov., wo der öffentliche Verkauf stattgefunden, überall nicht, oder in welchem Maaße nur zugenommen hat, noch endlich ist irgend nachgewiesen, welchen Werth die Waare im unbeschädigten Zustande in jenem erstgedachten Zeitpunkte, wo mit der Taxation hätte verfahren werden müssen, gehabt habe, zu geschweigen, daß

auch der Beweis, die geschehene Taxation habe vorschriftsmäßig vor der angestellten Auction stattgefunden, noch nicht vollständig hergestellt ist. Zwar hat der Kl. in dieser I. noch verschiedene Documente beigebracht, um durch diese, was seiner Ansicht nach am Beweise nur noch mangelt, zu ergänzen. Allein da er nicht einmal hat behaupten können, daß er dieselben früher nicht hätte beibringen können, und die Beklagte der Zulassung dieses neuen Vorbringens widersprochen hat, so mußten schon aus diesem formellen Grunde dieselben völlig unberücksichtigt bleiben. — Es fragt sich also nur noch

II. inwiefern der dritten und vierten Beschwerde des Klägers, welche statt der anerkannten Abweisung angebrachtermaßen die Eröffnung eines Beweisverfahrens beziehen, stattzugeben sei. Hier liegt nun aber zunächst

A. die Verwerflichkeit der dritten Beschwerde, durch welche der Kläger verlangt, daß der Beklagten der Beweis auferlegt oder vielmehr nur noch der Gegenbeweis nachgelassen werde, daß das Verfahren in New-York ihr nachtheilig [14] gewesen sei, nach den bisherigen Ausführungen auf flacher Hand. Zwar hat der Kläger zur Rechtfertigung dieser Beschwerde sich auf die oben ang. E. d. OAG. i. S. Baur w. 2. u. 6. See-Ass.-Co. berufen, in welcher die Beweislast allerdings so, wie jetzt von ihm beantragt, vertheilt worden ist. Indessen ist das OAG zu solcher Entscheidung damals — ob mit Recht oder Unrecht, kann dahingestellt bleiben — dadurch bestimmt worden, weil die damals normgebende Ass.-O. v. 1731 den sofortigen Verkauf der beschädigten Güter im Bestimmungshafen nicht ausdrücklich vorschreibt, mithin das OAG. in dem Aufschube des öffentlichen Verkaufs an sich kein schuldvolles Verfahren [15] der Versicherten erblickte. — Dagegen stellte sich

B. die vierte Beschwerde, daß nicht dem Kläger in dem gegenwärtigen Verfahren, so wie vom NG. geschehen oder wie sonst zweckdienlich, Beweis nachgelassen worden sei, als zweifelhafter dar. Indessen konnte auch diese Beschwerde, und zwar im Wesentlichen aus den Motiven der v. Richter,

keine Berücksichtigung finden. — Entsprechend der Ansicht des Klägers, daß der Aufschub des öffentlichen Verkaufs ohne Weiteres durch die eingetretene amerikanische Handelskrisis gerechtfertigt sei, enthält die Klage eine Behauptung derjenigen Thatsachen, deren Beweis nach der obigen Ausführung zur Begründung des Schadensanspruchs nothwendig ist, überall nicht. Und auch nachdem die Beklagte [16] in ihrer Vernehmlassung' die Verletzung der Vorschriften des §. 96. in der doppelten Richtung gerügt hatte, daß der öffenliche Verkauf der beschädigten Eisenplatten bis zum 6. November aufgeschoben und die Taxation der Waare im unbeschädigten Zustande nicht vor der Auction geschehen sei, ist in der Replik zwar das letztgedachte Factum in genügender Weise behauptet worden; dagegen fehlt es auch hier, wo der Kl. vorzugsweise nur bemüht ist, das von ihm eingehaltene Verfahren an sich und gegen den Vorwurf des bösen Glaubens zu rechtfertigen,

1) an einer bestimmten und genauen Angabe darüber, wann erst die Untersuchung und Sortirung der Waare beendigt und also die vorgeschriebene Auction [17] zu veranstalten erst möglich gewesen sei, indem nur im Allgemeinen aus den Umständen gefolgert wird, daß vor September an keine Auction habe gedacht werden können. — Ebenso fehlt es

2) an der bestimmten Behauptung, daß eine rechtzeitig veranstaltete Taxation der Waare im unbeschädigten Zustande nicht günstiger für die Bekl. als die jetzt erfolgte ausgefallen sein würde, indem nur Gründe geltend gemacht werden, aus welchen, wie Kl. meint, dies beinahe mit Nothwendigkeit folge, und endlich auch

3) an einer bestimmten Behauptung, daß die Beschädigung der Eisenplatten durch das längere Lagern nicht zugenommen habe, indem vielmehr die Möglichkeit einer, wenn auch nur geringen Zunahme der Beschädigung zugegeben wird.

Hiernach rechtfertigt sich die erfolgte Abweisung der Klage, immaßen sie angebracht, um so mehr, als auch in den höheren J. der Kl. den gerügten Mangel bestimmter

factischer Behauptungen, welche zum Anhalte für eine Beweisauflage dienen könnten, nicht ergänzt und bestimmte Anträge auf Beweisnachlassung derselben nicht gestellt hat, indem er vielmehr in zweiter J. selbst erklärt, nicht im Stande zu sein, Thatsachen anzugeben, auf welche sein Exculpationsbeweis noch gerichtet werden könnte, da derselbe bereits vollständig in den Acten liege und auch in gegenw. J. für den Fall, daß nicht die, von ihm selbst früher als ungeeignet angefochtene Beweisauflage des NG. wieder hergestellt werden sollte, sich darauf beschränkt, ganz allgemein die zur Rechtfertigung des New-Yorker Verfahrens oder der [19] der Dispache zum Grunde liegenden Factoren für zweckdienlich zu erachtenden Beweise zu beantragen.

---

## 425. Unv. Kröger c. c. w. Weichel j. Sohn, 7. Febr. 1861. K269Z.

Klagen auf Vollziehung der Ehe eventuell auf Zahlung einer Dotationssumme erlöschen durch den Tod des Schuldners selbst dann, wenn dessen Einlassung bereits erfolgt ist.

[3] A. Abgesehen zunächst von der noch durch den ursprünglichen Bekl. vollzogenen [4] Litiscontestation, muß die im gegenwärtigen Processe verfolgte, auf Vollziehung der Ehe eventuell Zahlung einer Dotationssumme gerichtete Klage ihrem ganzen Umfange nach für erloschen erachtet werden.

1) Allerdings wird angenommen, daß die Klage, welche der Geschwächten gegen den Schwängerer auf Zahlung einer Satisfactions- („Abfindungs-" oder auch „Dotations-") Summe zusteht, sowohl activ als passiv auf die Erben übergeht:

Glück, Commentar 28, S. 170 ff.

Allein diese Klage, (bei welcher auch der Umstand, daß die Verleitung zum Beischlafe unter dem Versprechen der Ehe stattgefunden, für Bemessung der der Geschwächten zuzusprechenden Satisfactionssumme von Bedeutung werden

kann) ist vorliegend nicht [5] angestellt. — Kl. hat ihren Anspruch weder ausdrücklich, noch der Sache nach darauf gegründet, daß sie durch den Vater des dermaligen Bekl. ihrer jungfräulichen Ehre beraubt worden. Vielmehr erklärt sie in der (bereits dem gegenwärtigen Bekl. gegenüber erstatteten) Replik ausdrücklich, es komme nur auf den Beweis eines bindenden Eheversprechens an; ob Weichel sen. sie, unter dem Versprechen der Ehe, zum Beischlaf verleitet habe, sei für die Begründung der Klage an sich ganz unerheblich und darum auch keines Beweises bedürftig; und dem entspricht ihre in voriger I. aufgestellte und gegenwärtig wiederholte Beschwerde: daß ihr nicht der Beweis des von dem ursprünglichen Bekl. gegebenen, auch vor Zeugen [6] bestätigten und von ihr angenommenen Eheversprechens nachgelassen worden sei; wie sie denn auch in der Beschwerdeausführung nirgends darauf gekommen ist, daß, auch abgesehen von einem rechtsgültig vollzogenen Verlöbnisse, ihr ein Anspruch auf eine Satisfactionssumme zustehe. Bei solcher processualischen Sachlage mußte von dem hier besprochenen möglicherweise gegebenen Fundamente eines Abfindungsanspruchs um so nothwendiger ganz abgesehen werden, als nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann, daß der Bekl. einer auf dieses Fundament gestützten Klage keine andere Einreden entgegengesetzt haben würde, als zu welchen er sich, gegenüber der wirklich erhobenen Klage, veranlaßt gesehen habe.

2) Diese Klage gründet sich ausschließlich auf das Verlöbniß. [7] Daß der ursprüngliche Bekl. und die Kl. wie Mann und Frau zusammengelebt, ist nur eines der Momente, woraus dessen Rechtsgültigkeit und Wirksamkeit gefolgert wird.

Aus dem Verlöbnisse als solchem aber entsteht nicht (wie aus dem Beischlafe mit einer unbescholtenen Person) eine directe Abfindungs- oder Entschädigungspflicht, von welcher der Schwängerer nur durch Heirath sich befreien kann; auch nicht eine alternative Verbindlichkeit, zu heirathen oder zu dotiren. Dasselbe begründet vielmehr nur das Recht, auf Vollziehung der Ehe zu dringen. Zur Bestimmung einer Abfindungssumme kommt es erst dann, und deshalb,

wenn und weil der Beklagte entweder sich selbst außer Stand gesetzt hat, die Ehe zu vollziehen, oder einem richterlichen Urtheile, welches ihn hierzu schuldig erkannt, ungehorsamer [8] Weise nicht nachgekommen ist, indem regelmäßig wenigstens ein absoluter Zwang zur Eingehung der Ehe nicht für statthaft erachtet wird:

Böhmer, Jus. eccles. prot. 4, 1. §. 53.

Thibaut, Pandecten. §. 416.

Ganz in diesem Sinne ist denn auch die vorliegende Klage angestellt. Wenn deren Bitte darauf gerichtet worden, daß der Bekl. schuldig erkannt werde, die Ehe mit der Kl. zu vollziehen, oder im Widrigen ihr eine ... Dotationssumme ... zu bezahlen, so kann die Meinung keine andere gewesen sein, als daß Bekl. zur Dotation nur für den Fall schuldig erklärt werden solle, daß er der principaliter ihm aufzuerlegenden Verpflichtung, die Kl. zu ehelichen, nachzukommen sich weigern würde.

[9] Es folgt aus dem Vorbemerkten, daß, wenn der Verlobte stirbt, ehe er sich selbst zur Vollziehung der Ehe außer Stand gesetzt hat, oder eine richterliche Verurtheilung zu solcher gegen ihn ergangen und er dieser ungehorsam geblieben ist, der Fall gar nicht eintritt, wo eine Dotationssumme gefordert werden könnte, eine Klage hierauf gegen den Rechtsnachfolger also nicht gegeben ist. Kl. hält sich denn auch zur Fortsetzung des Processes gegenüber dem dermaligen Bekl.

B. nur deshalb für berechtigt, weil „die Sache bereits auf die Erben perpetuirt worden" sei, wobei sie ohne Zweifel den bekannten Rechtssatz im Sinne hat, daß nach der Litiscontestation auch solche Klagen activ und passiv auf die Erben übergehen, die [10] außerdem von solchem Uebergange ausgenommen sind. Von diesem Satze kann aber vorliegend keine Anwendung gemacht werden. Derselbe bezieht sich selbstverständlich nur auf vermögensrechtliche Klagen. Der Anspruch der Kl. aus dem Verlöbnisse, dessen Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, ging aber zur Zeit des Todes des ursprünglichen Bekl. noch gar nicht auf eine Leistung aus dessen Vermögen, sondern nur auf Vollziehung

der Ehe, und wenn die Sache durch seinen Tod in die Lage gekommen, daß die Erfüllung dieser zur Zeit allein bestehenden Pflicht unmöglich geworden, so fällt damit auch das eventuelle Surrogat von selbst hinweg.

Hiernach mußte die erhobene Klage nicht nur so weit sie auf Vollziehung der Ehe, sondern auch soweit sie eventuell auf Zahlung einer Dotationssumme gerichtet [11] ist, für durch den Tod des ursprünglichen Bekl. erloschen erachtet werden.

---

## 426. Träger-Corporation w. Meiners, 18. Febr. 1861, T126R.

Den Trägern steht das Recht auf Bearbeitung der in den Wagenschauern der Kaufmannschaft an der Trave einstweilen niedergelegten Waaren nach dem Lager des Kaufmanns auch bei unverändert gebliebenem Eigenthum ausschließlich zu.

[2] A) Die ausschließliche Berechtigung der Träger zum Transport von Waaren zu den Lägern der Kaufleute steht von Alters her fest und ist auch in dem Regul. v. 9. Febr. 1859, Art. 1 unter 2. ausdrücklich anerkannt worden. — Ebenso ist aber auch die Bestimmung dieses Regulativs, Art. 2 unter II. 4., daß den Trägern nicht ausschließlich zustehe der Transport (der Waaren) vom Lager zum Lager in allen Fällen, in welchen das Eigenthum der Waare unverändert bleibe, keine neue Beschränkung, sondern entspricht durchaus den Grenzen, in welchen die ausschließlichen Gerechtsame der jetzt zu einer einzigen Corporation vereinigten verschiedenen Träger-Innungen schon früher eingeschlossen waren. Denn die Träger als Hilfsarbeiter des Kaufmanns für den Handel können ihre Berechtigungen als ausschließliche nur insoweit geltend machen, als Kaufmannsgüter in der Bewegung des Handelsverkehrs sich befinden, also als Waare in Betracht kommen, was nicht der Fall ist, wenn ein Kaufmann seine Waare aus einem Lager in das andere verbringen läßt, ohne daß dieser Verbringung Zwecke

des Handels zum Grunde liegen. Eben deshalb tritt jene Beschränkung auch nur da ein, wo, wie dies für die Bearbeitung des Korns durch die Kornträger in den Ausdrücken „von Boden zu Boden" und von „Speicher zu Speicher" [4] deutlich gesagt ist,

Verordnungen-Sammlung v. 1847, S. 190.

es sich von dem Transport von und zu einem Lager im eigentlichen Sinne handelt. Nun leidet es zwar keinem Zweifel, zumal nach dem ganz allgemeinen Ausdruck „Lager," dessen sich das Regulativ durchweg bedient, daß den verschließbaren Lagerräumen der Kaufleute nicht nur die offenen Privatläger, sondern auch öffentliche Läger gleichgestellt werden müssen. Allein

B) für öffentliche Läger können die am Travenufer befindlichen Waarenschauer überall nicht, und namentlich nicht im Sinne des Regulativs erachtet werden.

1) Ueberall nicht. — Oeffentliche, jedem Kaufmann, sei es für alle und jede, [5] sei es nur für gewisse Waaren zur Benutzung stehende Läger sind nur solche, deren eigentliche Bestimmung es ist, zur Aufnahme von Waaren in der Maaße zu dienen, daß sie dem einzelnen Kaufmann sein Privatlager wenigstens insofern vollständig ersetzen, daß es nur von ihm abhängt, wie lange er seine Waare daselbst lagern lassen will, dauere dieses Lagern nun längere oder kürzere Zeit. Zu solchen öffentlichen Lägern, deren es zur Zeit in Lübeck nur vier für bestimmte Arten von Waaren giebt: das Kalkmagazin, der Theerhof, das Pulvermagazin und das Wollmagazin;

VSamml. 2, S. 40—43; 5, S. 54—65. 181 —182; 10, S. 253—54.

können aber die Waarenschauer der Kaufmannschaft nicht gezählt [6] werden, da deren Bestimmung eben nicht ist, dem Kaufmann seine Privatläger zu ersetzen und zum dauernden, von seinem Ermessen abhängigen Lagern von Waaren zu dienen, sondern ihr Zweck lediglich darin besteht, als zum Schutz gegen Nässe bedeckte Lösch- und Ladeplätze am Gestade, wie die betreffende O. v. 4. August 1858 ausdrücklich besagt, zur „vorläufigen Unterbringung" der zu verschiffen-

den bzw. gelöschten Waaren zu dienen, welche in der Regel dort nur zweimal 24 Stunden lagern dürfen.

VSamml. 25, S. 53—54.

Und eben weil nur die eigentliche Bestimmung der Räume in Betracht kommt, wenn es sich fragt, ob sie den Charakter öffentlicher Läger haben, nehmen jene Waarenschauer diesen [7] Charakter dadurch, daß ausnahmsweise einem einzelnen Kaufmann auf seinen Wunsch, „wenn die Umstände es zulassen," gegen Erlegung eines halben Schreibgeldes eine längere Lagerung seiner Waaren gestattet wird, um so weniger an, als für die Dauer dieser längeren Lagerung gar keine Gewähr geboten, vielmehr der Kaufmann genöthigt ist, auf die erste Anzeige des Güterschreibers seine Waare sofort wegschaffen zu lassen. Hienach sind diese Waarenschauer eben so wenig für öffentliche Läger zu achten, als das ganze unbedeckte Travengestade längst des Hafens dadurch diese Eigenschaft annimmt, daß ein Kaufmann seine zu verschiffenden oder gelöschten Waaren dort eine Zeit lang lagern läßt.

2) Namentlich nicht nach dem Regulative. — [8] Daß nämlich dieses die Waarenschauer der Kaufmannschaft nicht unter den Begriff „Läger" subsumirt und als solche behandelt wissen will, ergiebt sich mit Evidenz aus folgenden Bestimmungen der Taxen:

a) In der allgemeinen Taxe ist für den Transport der Waaren vom Schiffe „nach dem Lager" ein doppelt so hoher Arbeitslohn bestimmt, als für den Transport vom Schiffe nach dem Gestade, d. h. nach der Bestimmung unter C. 7 der Taxordnung bis zu dem längs dem Gestade führenden Schienenstrange, bzw. bis zum Fahrwege, während doch die fragl. Waarenschauer gerade auf dem Gestade, zwischen Wasser und Schienenstrang, stehen.

b) In der besonderen Taxe finden sich unter anderen folgende Bestimmungen:

α. beim Salz. Hier beträgt die Taxe per Tonne für Transport

vom Schiffe in einen dem Schiffe gegenüberliegenden Raum . . . . . . . . . . . . 2 Sch.

vom Schiffe zum „Lager" . . . . . 4 bzw. 8 „

Unmöglich ist nun aber anzunehmen, daß für den Transport unter das Waarenschauer der doppelte Arbeitslohn hat gewährt werden sollen, als für den über Hafenquai und Straße in die gegenüberliegenden Räume.

β. Das Gleiche gilt von der Taxe für Saamen in Säcken, die ebenfalls für den Transport „vom Schiffe zum Lager" doppelt so hoch [10] bestimmt mit dem nach Plätzen zwischen der inneren und äußeren Trave, was sich gar nicht erklären läßt, wenn man annimmt, die Waarenschauer seien für Läger geachtet, da die Ansätze für den letzteren Transport nach der allgemeinen Taxe dreimal so hoch sind, wie für den an's Gestade.

γ. Sehr entscheidend sind endlich auch die Taxen für Steinkohlen. Hier ist für den Transport vom Schiff zum Lager ein Unterschied, je nachdem das Schiff vor dem Lager liegt oder nicht, und im ersten Falle die Taxe auf $1^1/_4$ und $1^1/_2$ Sch., im letzteren auf $2^1/_2$ und $3^1/_2$ Sch. pr. Tonne bestimmt.

Hätte das Regulativ die hart an der Trave stehenden Waarenschauer für Läger geachtet und darunter begreifen wollen, so hätte nichts näher gelegen, als [11] in Beziehung auf sie für alle Waaren, so wie hier für Steinkohlen, eine niedrige Taxe eintreten zu lassen. — Jedenfalls ist es klar, daß, wenn man zum Nachtheil der Träger die Waarenschauer für Läger erklärt, man dann auch zu ihren Gunsten auf den Transport der Waaren vom Schiffe in diese Schauer die hohe Taxe vom Schiffe zum Lager eintreten lassen müßte.

3) Der Grund, welchen beide vorigen Gerichte für ihre Entscheidung geltend gemacht haben, daß, wenn man die Waarenschauer nicht für Läger achtete, in dem Regulativ und in der Taxe eine, doch nicht vorauszusetzende Lücke sich finden würde, ist nicht zutreffend. Denn bei der obigen Auffassung findet sich überall keine Lücke, indem auf die Waarenschauer alle Bestimmungen [12] für den Transport vom Schiffe nach dem Gestade Anwendung leiden, und wenngleich sich in dem Regulativ keine besondere Taxe für den Transport von den Waarenschauern nach den Lägern findet, dasselbe eben so wohl einer besonderen Taxe für den

Transport vom Gestade nach den Lägern entbehrt, und zwar aus dem Grunde, weil in der Regel die Träger die Waaren vom Schiffe nach dem Lager befördern, und wenn die an's Gestade ausgeschifften Waaren durch Fuhrwerk abgeholt werden, alsdann, je nach Verschiedenheit der Fälle, entweder gar keine weitere Arbeitsbefugniß, oder nur die des Auf- und Abladens stattfindet, wofür eine besondere Taxe besteht.

Regulativ Art. 2 III. 1. IV. letzten Absatz. Allgemeine Taxe unter II. Besondere Taxe mehrfach. —

[13] C) Ganz abgesehen von dem bisher Erörterten steht aber auch noch ein anderer Grund der ergangenen Abweisung der Klage entgegen. Das Regulativ, indem es im Art. 1. die verschiedenen Arbeiten aufzählt, zu denen die Träger ausschließlich berechtigt sind, führt als eine von dem unter 1—3 behandelten Transporte ganz gesonderte Arbeit unter 4—5 das Auf- und Abladen der Kaufmannsgüter auf. Der Art. 2 dagegen, indem er unter II. diejenigen Arbeiten aufführt, zu denen die Träger nicht ausschließlich berechtigt seien, bezeichnet als solche, so viel hier in Betracht kommt, unter 4 nur den Transport vom Lager zum Lager in allen Fällen, in welchen das Eigenthum an der Waare unverändert bleibt, sowie andererseits der Art. 2[1] unter III. 1. den [14] Trägern das Recht des Auf- und Abladens im Allgemeinen nur bei Wagen abspricht, welche Kaufmannsgüter gegen Lohn nach Orten außerhalb des lübeckischen Freistaats und von dort hierher befördern. Und darauf ist bei dem im Ganzen sehr scharf und genau redigirten Regulative um so mehr Gewicht zu legen, als in demselben Abschnitte II. unter 7—10 der weiter gehende Ausdruck „Bearbeitung" gebraucht wird, der nicht nur den Transport, sondern auch das Auf- und Abladen begreift. Nun aber nehmen die Kl. im vorliegenden Falle nicht den Transport, sondern nur das Auf- und Abladen der Waare und den ihnen in dieser Beziehung entzogenen Arbeitslohn in Anspruch, und so ist überall nicht abzusehen, wie er ihnen hat aberkannt werden können.

## 427. Knochenhauer=Aelteste w. Freyhöfer i. V. d. Garbereiter=Aeltesten, 18. Febr. 1861. K270R.

1) Den Garbereitern steht den Knochenhauern gegenüber das Recht zu, Ochsen zu schlachten und für ihr Geschäft zu verwenden.

2) Zum Verlust von Bann= und zünftigen Verbietungsrechten ist **nur** die Nichtausübung während 30 Jahre erforderlich.

3) Zum Verlust des Bannrechts ist nicht erforderlich, daß **jedes** Mitglied **alljährig** während 30 Jahre dem Bannrecht zuwidergehandelt habe.

4) Der Verlust eines Bann= und zünftigen Verbietungsrechts gegen einige Mitglieder einer anderen Zunft kommt dieser überhaupt zu gut.

[3] Wenn die Kläger

1) meinen, da den Bekl. ihrer Behauptung gemäß rechtskräftig der Beweis auferlegt sei, „daß sie den Knochenhauern gegenüber befugt seien, Rindvieh zu schlachten und das Fleisch davon für ihre Geschäft, d. h. gesalzen, geräuchert oder auch gar zu verwenden," so müsse der Beweis für gänzlich verfehlt erachtet werden, wenn er, was der Fall, nicht für alles Rindvieh ohne Ausnahme geführt [4] sei, so war dem nicht beizutreten.

Der vom OAG. in der von den Kl. angezogenen früheren Entscheidung in Sachen Drevsen w. Jörß, 30. Nov. 1835. (S. 2, 185 p. 167. 168) anerkannte Satz, daß auch die Fassung eines Beweissatzes der Rechtskraft fähig sei, ist freilich ein unzweifelhafter. Daraus folgt in der Anwendung auf den gegenwärtigen Fall aber höchstens nur, daß die Bekl., um gänzlich zu obtiniren, den ihnen auferlegten Beweis in seinem ganzen Umfang, also hinsichtlich aller Arten von Rindvieh hätten führen müssen; mit Nichten aber folgt daraus, daß der nur theilweise geführte Beweis auch [5] insoweit gar nicht berücksichtigt werden dürfe.

2) Für grundlos sind aber auch die Ausstellungen zu

erachten, weshalb die Kl. meinen, daß der Beweis der Bekl., selbst soweit er das Schlachten von Ochsen für ihr Geschäft betrifft, mit Unrecht für geführt angenommen sei. — Das WG. hat das Recht der Kl., den Garbereitern das Schlachten von Rindvieh für ihr Geschäft zu verbieten, für an sich durch das im Voraus Beigebrachte bewiesen angenommen. Indessen ist die letzte zu den Acten gekommene gerichtliche Entscheidung, in welcher dieses Verbietungsrecht wenigstens theilweise, nämlich in Beziehung auf das Schlachten von Kühen, dem ganzen Amte der Garbereiter gegenüber Anerkennung gefunden hat, aus dem Jahre 1777:

Knochenhauer w. Bohl.

Das WG. hat gegen diesen Beweis den Bekl. den Gegenbeweis ganz allgemein nachgelassen und dabei nur bemerkt, wie es ihnen unbenommen bleibe, denselben auch auf die von ihnen angeführten Erwerbstitel: unvordenkliches Herkommen nämlich oder eingetretene Acquisitivverjährung zu richten. Nun ist aber bekanntlich nach der richtigen, auch vom OAG. bereits wiederholt befolgten Ansicht zum Verlust von Bannrechten wie von zünftigen Verbietungsrechten nichts weiter erforderlich, als eine Nichtausübung derselben binnen 30 Jahren, so nämlich, daß dem Verbietungsrechte während dieses Zeitraumes offen zuwidergehandelt ist, ohne daß der Berechtigte [7] widersprochen oder geklagt hat.

Unterholzner, Verjährungslehre. Thl. 2, S. 387. 88.
Hagemann, Hdb. d. Landwirthschaftsr. S. 282.
Merbach, Theorie des Zunftzwangs. S. 178 u. f.
Bg. Weißbäckeramt w. Spangenberg. Sept. 1826.
Burmester w. Brauerzunft. 14. Nov. 1850. (Nr. 294.)
Gadow w. Brauerzunft. 14. Nov. 1850.

Es stand daher den Bekl. nach dem Beweisinterlocute des WG. frei, den ihnen ganz allgemein nachgelassenen [8] Gegenbeweis, so wie sie gethan, auch durch den Beweis dieser Verjährung anzutreten. .... Und diesen Beweis hat das WG. durch Zeugen, so viel das Schlachten von Ochsen betrifft, mit Recht für [9] vollständig geführt angenommen.

Sein Ergebniß geht dahin, daß

1) mehrere Garbereiter Ochsen in ihren Häusern selbst geschlachtet, und

2) das Fleisch davon in ihr Geschäft verwendet haben,

3) daß beides offenkundig und ungehindert,

4) fortdauernd Jahr für Jahr und

5) seit länger als 30 Jahren vor Anstellung der gegenwärtigen Klage geschehen sei;

und dieses Ergebniß haben die Kl. bis auf die Punkte unter 4 und 5 nicht zu beanstanden versucht. Sie wenden nur ein:

[10] A. Es sei nicht bewiesen, daß sämmtliche Genossen des Garbereiter-Amts in dem betreffenden Zeitraum Ochsen geschlachtet und das Fleisch in ihr Geschäft verwendet haben.

B. Es sei selbst von denen, über welche die Zeugen aussagen, weder 1) erwiesen, daß sie es 30 Jahre lang, noch auch 2) daß sie es Jahr für Jahr gethan haben. — Was nun aber

Zu A) den ersten Einwand betrifft, so ist derselbe unbegründet. — Mit Recht bemerkt Merbach a. a. O., S. 183—184: „Indem diejenige Innung, gegen welche präscribirt worden, durch die vollendete Verjährung ihr Verbietungsrecht gegen einige [11] Mitglieder der entgegenstehenden Zunft verliert, büßt sie solches ipso facto auch gegen die anderen ein, weil die ersten in der Qualität als Mitglieder der Zunft, zu welcher sie gehören, nicht als singuli verjährt haben, die andere Zunft aber nicht gegen einen Theil einer Innung ein Recht ausüben kann, welches gegen einen andern Theil für erloschen zu achten ist, und weil die Gerechtsame, die Ein Meister in der Eigenschaft als Zunftmitglied in Ansehung des gemeinschaftlichen Gewerbes hat, zugleich alle Mitglieder der Innung haben müssen, da sie sämmtlich gleichartige Bestandtheile Eines Ganzen sind." — [12] Auch hat das OAG. das Gleiche bereits in den oben citirten beiden lübeckischen Rechtssachen angenommen. Nicht weniger grundlos sind die

Zu B) gemachten Einwendungen. Die erste wird durch die Zeugenaussagen widerlegt (13—17). Ebenso unhaltbar ist

[17] Der andere Einwand, es sei nicht erwiesen, daß

diejenigen Garbereiter, welche überhaupt seit dreißig Jahren Ochsen geschlachtet, es regelmäßig alle Jahre gethan, und zwar

a) rechtlich unbegründet. Denn es ist, um die Verjährungseinrede zu begründen, durchaus nicht nöthig, zu erweisen, daß ein einzelner Garbereiter während dreißig Jahre gerade alle Jahr Ochsen geschlachtet habe, sondern höchstens nur, daß das jährliche Schlachten [8] in dem betreffenden Zeitraum überhaupt von Garbereitern geschehen sei;

b) factisch unbegründet (wie des Weiteren 18—21 aus den Zeugenaussagen dargelegt wird).

---

## 428. Gäbertz w. Casino, 11. März 1861. (J. F. Göttingen). G2088.

1) Wenn die in §. 56. OAGO. vorgeschriebene Zahl von vier stimmfähigen Mitgliedern nicht vorhanden ist, so sind die Acten zur Urtheilsfällung an ein auswärtiges Spruchcollegium zu versenden.[1])

2) Momente für das Vorhandensein des Miteigenthums an einer Mauer zwischen zwei Häusern in Lübeck.

3) Schadenersatzpflicht beim Wegreißen einer Zwischenmauer von Seiten des Nachbarn.

[15] Vor weiterem Eingehen auf die Appellation des Klägers selbst ist dessen Widerspruch gegen die verfügte Actenversendung einer Prüfung zu dem Zwecke zu unterziehen, um festzustellen, ob der ganze Proceß in legaler Weise an das Spruchcollegium behufs Abfassung eines Urtheils über die Streitsache selbst gelangt oder ob wegen rechtlicher Unstatthaftigkeit der Actenversendung in Fällen der vorliegenden Art das Gegentheil anzunehmen sei. Letzteren-

---

[1]) Jüngst auch gesetzlich anerkannt, ohne der beim Gesetzgebungsfieber des 19. Jahrhunderts vergessenen Regel der l. 6. D. de legg. zu gedenken. Sie lautet: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται. Graeca sunt, non leguntur.

falls würde jede Aburtheilung der Sache selbst zu einer Nichtigkeit führen. Denn die Befugniß zur Actenversendung überhaupt bildet eine Ausnahme von [16] der processualischen Grundregel, wonach ein Gericht behuf Ausübung seiner richterlichen Functionen sich Niemanden substituiren kann, eine Ausnahme, welche natürlich nur innerhalb ihrer bestimmten, durch Gesetzgebung oder Praxis gezogenen Grenzen Geltung hat, so daß durch jede Versendung, welche einem landesgesetzlichen, sei es unbedingt lautenden oder doch für den concreten Fall zutreffenden Verbote zuwider etwa geschehen sollte, gegen jenes Grundprincip verstoßen und eine Nullität aus der Person des Richters zu Wege bringen oder, wie es der §. 41 der OAGO. ausdrückt, eine Nichtigkeitsbeschwerde wegen eines wesentlichen Mangels in Hinsicht der Gerichtspersonen begründen würde (vgl. auch §. 174 daselbst). Daran vermöchte auch der Umstand, daß das Gericht [17] den Facultätsspruch den Parteien als sein eigenes Erkenntniß eröffnet, überall nichts zu ändern, indem diese formelle Behandlungsweise den etwaigen sachlichen Mangel nicht würde verdecken oder beseitigen können.

Wenn es nun ohne Zweifel jedem Gerichte schon von Amtswegen zusteht und obliegt, allen Nullitäten des Verfahrens vorzubeugen, so wird auch dadurch, daß über den klägerischen Widerspruch gegen die Actenversendung von dem Proceßgerichte in gewisser Weise bereits entschieden worden ist, dem Spruchcolleg das selbstständige Urtheil über die aufgeworfene Frage nicht benommen. Zwar sind die appellantischen Protestationen zu wiederholten Malen als unbegründet zurückgewiesen und ist schließlich das gestellte Präjudiz, daß bei nicht erwirkter Inhibition mit der Versendung [18] vorgeschritten werden solle, formell befugtermaßen realisirt worden. Inzwischen bleibt die rechtliche Bedeutung dieser Verfügungen immer nur eine proceßleitende, dahin gehend, daß die Versendung der Acten erst einmal vor sich gehen solle, jedoch unbeschadet der eigenen Entscheidung der Urtheilsverfasser über die Frage nach der Rechtmäßigkeit; ein rechtskräftiges Erkenntniß, wie solches ohnehin nur nach vorgängiger, hier nicht stattgehabter Parteienverhandlung hätte er-

folgen können, ist darin nicht zu befinden. Ebenso fehlsam wäre es, wollte man etwa darin, daß der Kl. den ihm freigelassenen Versuch einer Inhibition des Verfahrens bis zu dem angesetzten Endtermine nicht unternommen hat, einen Verzicht desselben auf seine Zuständigkeiten gegen die Actenversendung erblicken. Dasjenige, worauf [19] Jener auf solche Art thatsächlich verzichtet hat, ist immer nur eine letztinstanzliche Entscheidung über seinen Widerspruch vor Ausführung der Versendung, nicht jede Entscheidung überhaupt.

Was nun die Frage selbst betrifft, so steht nach §. 60. Nr. 1. und §. 55 der GO. so viel fest, wird auch vom Kl. nicht bestritten, daß die vier Räthe [richtiger: Gerichtsmitglieder], welche nach der gerichtsseitigen Eröffnung als Actionäre an der verklagten Gesellschaft betheiligt sind, bei Entscheidung des Processes nicht mitwirken können, und daß nach ihrem Austritte die beschlußfähige Zahl der Gerichtsmitglieder nicht vorhanden bleibt. Ueber die Actenversendung, welche von keiner der Parteien beantragt ist, bestimmt der §. 145, daß solche von Amtswegen außer den §. 16 und 173 erwähnten Fällen nicht stattfinde. Gleichwie nun §. 173, welcher von [20] Declarationsgesuchen handelt, hier entschieden nicht zutrifft, so läßt auch die Bestimmung des §. 16, 2:

> Gelangt eine Civil- oder Criminalsache, welche den Präsidenten oder einen Rath betrifft, an das OAG., so muß von Amtswegen in Civilsachen das Erk. eines auswärtigen Spruchcollegiums — eingeholt werden.

eine directe Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht zu. Daß unter diesen Worten nicht jede Civilsache begriffen ist, welche das Interesse eines Raths betrifft, ergiebt schon eine Vergleichung mit dem Inhalte des §. 60, 1., wo eben dieser Fall, der einer eigenen Betheiligung eines Gerichtsmitgliedes an dem obschwebenden Processe besonders berücksichtigt und dahin vorgesehen ist, daß [21] lediglich der Betheiligte aller Mitwirkung an der Urtheilsfällung sich zu enthalten habe, das U. selbst aber von dem Gerichte gesprochen werden, also vom Amtswegen keine Actenversendung eintreten solle. Letzteres setzt schon die Fassung des Art. 60, wornach in solchen Fällen das betheiligte Mitglied bei der

Relation und Abstimmung nicht gegenwärtig sein soll, außer allen Zweifel. Diesemnach und mit fernerer Rücksicht auf den Zusammenhang der obigen Worte im §. 16 Nr. 2. können die letzteren nur auf solche Rechtssachen bezogen werden, welche den Präsidenten oder einen Rath als Proceßpartei betreffen. Der ganze Satz nämlich bildet, wie die Ueberschrift des §. 16 mit ausdrücklichen Worten besagt, einen Theil der Bestimmungen über den Gerichtsstand der Mitglieder des Gerichts, und zwar eine Beschränkung des im Eingange aufgestellten Princips, nach welchem das Personal des Gerichts in Civil- und Criminalsachen den ordentlichen Behörden der Stadt, wo das Gericht seinen Sitz hat, unterworfen ist. Zufolge dieser Regel würde das Personal des Gerichts in allen I. vor den ordentlichen Gerichten Recht zu nehmen haben, mithin, sobald der Proceß an das OAG. gelangte, vor letzterem; dieses Resultat aber erfährt (§. 16. Nr. 2) die bewußte Einschränkung dahin, daß alsdann vielmehr Versendung der Acten von Amtswegen eintreten soll, und kann daher auch diese Ausnahme nur in dem nämlichen Sinne aufgefaßt werden, wie die vorangestellte Regel selbst. (Ob dahin auch solche Sachen gehören, worin der Präsident oder ein Rath als Kläger auftritt, bleibt für die [23] gegenwärtige Erörterung, da die Actiengesellschaft Casino verklagt ist, gleichgültig.) Der innere Grund, weshalb in derartigen Fällen, verschieden von den Fällen des §. 60, dem Gerichte die eigene Abfassung des Urtheils genommen sein soll, ergiebt sich leicht. So lange ein Gerichtsmitglied nur an einem Processe zwischen dritten Personen ein Interesse hat, gilt es für genügend, dasselbe aus den Votanten ausscheiden zu lassen; da aber, wo der Präsident selbst, oder ein Rath als Partei auftritt, betrachtet das Gesetz die Unbefangenheit der übrigen Mitglieder, wie solche zur Entscheidung des Processes ihres eigenen Amtsgenossen erforderlich sein würde, präsumtiv als zweifelhaft und weist die ganze Urtheilsfällung einem andern Collegium zu. Nun kann aber in Processen [24] einer Actiengesellschaft der einzelne Actionär als Partei unmöglich betrachtet werden. Denn während im Processe einer gewöhn-

lichen, wenn auch noch so zahlreiche Societät der Vertreter der Gesellschafter gleichviel ob ein Einzelner oder ein Ausschuß, Vorstand ꝛc., alle einzelnen Gesellschafter in der That repräsentirt, dermaßen, daß Alles, was für oder gegen jenen Vertreter erkannt wird, ohne Weiteres für und gegen alle Gesellschafter natürlich je nach Betheiligung eines jeden Einzelnen, rechtskräftig und verbindend ist, verhält sich dieses Alles anders in einer Actiengesellschaft. Der einzelne Actionär steht überhaupt nach außen in gar keiner rechtlichen Beziehung, insbesondere kann er von den Gläubigern der Gesellschaft nicht in Anspruch genommen werden; diese sind vielmehr nur dazu befugt, von [25] dem Verwalter der Gesellschaft — Letzterer ist allein der rechte Bekl. — Cession der Forderungen auf Einzahlung derjenigen Beiträge zu verlangen, mit denen einzelne Actionäre ganz oder theilweise etwa noch im Rückstande geblieben sind.

Thöl, Handelsrecht 1, §. 46.

Allein schon die Nothwendigkeit, ja schon die Möglichkeit einer solchen Cession zeigt, daß das richterliche Urtheil, welches gegen den Verwalter der Gesellschaft ergangen ist, die einzelnen Actionäre nicht verbinden, also nicht auch gegen sie ergangen sein kann, daß für sie der Proceß des Verwalters an sich eine unter Dritten verhandelte Sache bildet.

> vgl. auch Blume, OAGO. [26] S. 205. Erläuterung zum §. 60. „In Ermangelung jeder materiellen Grenzlinie müßte z. B. der Actionär einer Assecuranzgesellschaft nicht blos bei den Processen dieser Compagnie, sondern auch bei allen gleichzeitigen und gleichartigen Processen anderer Compagnien von der Proceßleitung und Entscheidung ausgeschlossen bleiben. (Beschl. v. 7. Januar 1843.)"

Hiermit ist unzweideutig anerkannt, daß ein Gerichtsmitglied als Actionär einer Assecuranzgesellschaft in dem Processe, welchen diese Gesellschaft vor dem OAG. führt, lediglich nach Maßgabe des §. 60, 1. der Theilnahme an der Leitung und Entscheidung der Sache [27] sich zu enthalten hat, und daß nicht etwa auf Grund des §. 16, 2. zur Actenversendung von Amtswegen zu schreiten ist.

Es läßt sich aus der gerichtsseitigen Motivirung der Actenversendung in der vorliegenden Sache nicht mit völliger Deutlichkeit[1]) entnehmen, worin der entscheidende Grund dieser Maßregel gefunden worden ist. Während Anfangs (Bescheid vom 21. Dec. 1859) auf §. 60, Nr. 1. recurrirt ist, hat sich das spätere Decret v. 17. Jan. 1860 auf §. 16, Nr. 2. bezogen, zugleich aber die dermalige Beschlußunfähigkeit des Gerichts geltend gemacht. Indessen, wenn die Bestimmung des §. 16, 2. auf die Sachlage wirkliche Anwendung fand, so konnte es auf die Beschlußunfähigkeit, alsdann ein ganz unwesentlicher und zufälliger Nebenumstand, begreiflich gar nicht mehr ankommen, da ja unter jener Voraussetzung auch schon dann, wenn auch nur ein einziges Gerichtsmitglied Actionär des „Casino" gewesen wäre, die Versendung der Acten Amtswegen hätte eintreten müssen. — Eine andere Frage ist aber die, ob nicht, vermöge analoger Anwendung der Disposition des §. 16, Nr. 2., die beschlossene Actenversendung sich rechtfertige. Und für die bejahende Antwort sprechen die überwiegenden Gründe. Zuvörderst ist gar nicht ersichtlich, auf welchem sonstigen Wege bei der zweifellosen Beschlußunfähigkeit des Gerichts

[1]) Für Denkende „völlig deutlich." Im Bescheid v. 17. Jan. 1860 ward erklärt, die Actenversendung sei „mit Rücksicht auf" §. 16, Nr. 2. d. OAGO. erkannt, was, da der hier genannte Fall nicht der vorliegende ist, nur bedeuten kann, das OAG. habe die Analogie dieses Falles befolgt. Die OAGO. ist kein neues Civilproceß-Gesetzbuch, sondern schließt sich an das gemeine Recht ergänzend an. Dieses gestattet Actenversendung im Falle einer Behinderung des Richters. Der §. 16. Nr. 2. fingirt eine Behinderung. Der Fall wirklicher Behinderung ist nicht bedacht: namentlich fehlt jede Vorschrift über die Art der Ergänzung des OAG. oder die Substitution eines anderen Gerichtshofes in den Fällen, wo es selbst an vier Mitgliedern fehlt. Da sich nun nicht annehmen läßt, der Gesetzgeber habe in solchen einen Rechtsstillstand für die einzelnen Sachen eintreten lassen wollen bis dahin, daß sich vier Senate und vier Bürgerschaften über die Art der Abhülfe geeinigt haben würden, so war selbstredend anzunehmen, der Gesetzgeber würde den Fall wirklicher Behinderung nicht anders behandelt haben wie den Fall einer fingirten: also analoge Anwendung, also Befolgung der Vorschriften des gemeinen Rechts in einem derartigen während eines Jahrhunderts vielleicht nur einmal vorkommenden Falle.

eine genügende Abhülfe hätte geschafft werden sollen. Der Appellant hat zwar anheimgegeben, an den Directorialsenat der vier freien Städte einen Antrag behuf der nothwendigen Ergänzung des Gerichtshofs zu richten. Ob indessen eine derartige Maaßregel für den vorliegenden Fall, ja überhaupt, rechtlich zu begründen gewesen wäre, bleibt mindestens zweifelhaft. In der GO. wird eine Ermächtigung dazu nirgends ertheilt, und kommt noch hinzu, daß die hier vorliegende Beschlußunfähigkeit nicht bloß vorübergehender Art ist, wie sie z. B. durch Tod, Dienstaustritt von Mitgliedern rc. entstehen könnte, sondern voraussichtlich für die ganze Dauer dieser I. und etwaiger späterer Ober-Appell.-I. fortbesteht. — War es nun aber andererseits jedenfalls unstatthaft, die Sache auf's Ungewisse hin liegen zu lassen, vielmehr die unerläßliche Aufgabe der richterlichen Proceßleitung, eine Rechtsprechung zu ermöglichen, so bot sich dazu, sofern [30] nicht etwa ein prohibitives Gesetz mit Entschiedenheit entgegenstand, schlechterdings kein anderes Mittel, als das vom Gerichte ergriffene, welches im gemeinen Proceßrechte volle Anerkennung hat, und gerade für Fälle einer Behinderung des Gerichts sich vorzugsweise praktisch erweist. Anlangend sodann den §. 145 der GO., so kann das Verbot der Actenversendung von Amtswegen nicht füglich auf solche Fälle bezogen werden, in denen dieselbe das einzige Mittel bleibt, eine Proceßsache gerichtsseitig weiter zu fördern. Denn es kann nicht die Absicht des Gesetzes gewesen sein, durch jenes Verbot eine Justizverzögerung oder gar einen völligen Stillstand der Rechtspflege in einem Processe herbeizuführen, eine Erwägung, welche man hier um so unbedenklicher entscheiden lassen darf, als [31] Fälle der vorliegenden Art in dem ganzen Gesetze überhaupt nicht vorgesehen sind. Der §. 56 nämlich läßt zwar in Fällen, wo die regelmäßig erforderliche Zahl von 5 Votanten nicht zu erreichen steht, die Gegenwart von 4 Votanten genügen, berücksichtigt dagegen den Fall überall nicht, daß selbst diese Zahl nicht vorhanden sein sollte. Zu der nothwendigen Ergänzung dieser unleugbaren Lücke des Gesetzes wird nur eine analoge Anwendung der obengedachten Bestimmung des §. 16, Nr. 2. dienen können, deren Vor-

aussetzung jedenfalls ihrem Sinne und Grunde nach mit dem vorliegenden Falle insofern übereinstimmt, als auch in dem Falle des §. 16, 2. die Nothwendigkeit der Actenversendung von Amtswegen auf eine, gleichsam fingirte, Verhinderung des Gerichts sich zurückführen läßt. ....

[36] Die Behauptung, von welcher der Kl. — bei dem Nachweis des von ihm in Anspruch genommenen Miteigenthums pro indiviso an der Mauer zwischen seinem und dem Hause des Bekl. — ausgeht, daß die von ihm erwiesenen Thatsachen gewisse constante und ortsgebräuchliche Merkmale bilden, aus denen sein Miteigenthum unmittelbar sich zu Tage lege, steht, so viel gemeines Recht anlangt, ohne rechtlichen Halt, und hätte, sofern etwa ein locales Gewohnheitsrecht damit geltend gemacht werden sollte, mit dem Beweise eines solchen nothwendig unterstützt werden müssen, wie er nicht erbracht, nicht einmal [37] angetreten ist. — Um näher auf die einzelnen Erklärungen der Sachverständigen einzugehen, durch welche in Verbindung mit dem Resultate des gerichtlichen Augenscheins nach Ansicht des Kl. sein Beweis geliefert ist, so gründet sich das gemeinschaftliche Gutachten vom 18. Juli 1857, welches die vom Hintergiebel des klägerischen Vorderhauses beginnende Mauerstrecke von 25 Fuß 7 Zoll Länge als eine gemeinschaftliche bezeichnet, für diese Annahme zunächst auf die Dicke der Mauer, dann auf den gewölbten Keller auf der Gädertz'schen Seite, dessen Widerlage sich in der Mauer befinde, endlich darauf, daß die Balken der klägerischen Etage und des Daches ihre Auflage in der Mauer haben. Den übrigen Theil der Mauer von 14 Fuß 7 Zoll erklären nur die klägerischen Sachverständigen, im Widerspruche mit denen des Bekl., [38] für gleichfalls gemeinschaftlich, und zwar um deswillen, weil die in der Gädertz'schen Fachwand befindlichen Balken 6 Zoll über die äußere Linie der Fachwand hinaus in die abgebrochene, streitige Mauer hineingeragt haben. Der dritte klägerische Sachverständige Lehmann bezeichnet die ganze Mauer (40 Fuß 2 Zoll) als gemeinschaftlich wegen der Nische in dem gewölbten Gädertz'schen Keller, wegen des gemeinschaftlichen Fundaments unter der Fachwerkswand, wegen

der Widerlage des klägerischen Kellergewölbes und deshalb, weil die Etagebalken des Seitengebäudes in der Mauer ihre Auf- und Einlage haben, sowie wegen des Verbands des nördlichen Giebels an dem klägerischen Seitengebäude mit der fraglichen Mauer. — Es braucht nun kaum einer Hinweisung darauf, daß verschiedene dieser Voraussetzungen selbst thatsächlich von Anderen unter den zugezogenen Sachverständigen bestritten oder doch als ungewiß hingestellt worden sind (so die angebliche Gemeinschaftlichkeit des Fundaments unter der Fachwand, das Aufliegen von zwei klägerischen Balken in der streitigen Mauer,

Gutachten des Zimmermeisters Grube, der Sachverständigen Warncke und Hammerich,

der Verband des nördlichen Giebels mit der Mauer, welcher nach späterer Erklärung des Sachverständigen Warncke nicht stattgefunden hat). Denn alle jene Thatsachen, sollten sie auch durchaus zuverlässig und richtig von den klägerischen Sachverständigen wahrgenommen und dargestellt sein, vermögen an und für sich lediglich die äußere, so zu sagen körperliche Beschaffenheit und Situation der in Frage stehenden Baulichkeiten zu constatiren, nicht ohne Weiteres auch die Zuständigkeit eines klägerischen Miteigenthums. Mit vollem Rechte ist in dieser Beziehung von den vor. Urtheilsverfassern (J. F. Marburg) darauf hingewiesen, wie daraus immer nur eine klägerische Mitbenutzung der streitigen Mauer, im günstigsten Falle ein Mitbesitz entnommen werden könne; ebenso würde der fragliche Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht (so rücksichtlich der angeblichen Auflage der [41] klägerischen Balken, der Widerlage des klägerischen Kellergewölbes) auch aus der Annahme servitutischer Berechtigungen des klägerischen Hauses, ja bloßer bittweiser Vergünstigungen von der andern Seite, sich erklären lassen. Für sein Miteigenthum ruft freilich der Kl. auf Grund des nachgewiesenen Sachverhalts eine Rechtsvermuthung an, gegen welche jede anderweite Erklärung des vorliegenden Befundes (aus Servituten 2c.) nur dann in Betracht kommen könnte, wenn der Bekl. hierüber seinerseits specielle exceptivische Behauptungen aufgestellt und Beweise geliefert hätte. Inzwischen fehlt es für eine

derartige Vermuthung eben an jeder gesetzlichen Grundlage. Ja, schon die Art und Weise, [42] wie die Sachverständigen selbst ihre Annahme der Gemeinschaftlichkeit der Mauer, bzw. eines Theils derselben zu begründen gesucht haben (insoweit eine solche Begründung überhaupt von ihnen unternommen ist), zeigt in den meisten Punkten zur Genüge das Unhaltbare ihres Gutachtens. Der Sachverständige Hammerich hält es selbst für zweifellos, daß der an das Vorderhaus des Klägers stoßende Theil der Mauer ursprünglich zum Theatergebäude gehört habe, und motivirt auch diese Ansicht; gleichwohl gilt sie ihm für eine gemeinschaftliche Mauer deshalb, „weil sie vor dem Abbruche des alten Theaters vielleicht lange gemeinschaftlich benutzt worden" sei. Die Deduction des Sachverständigen Lehmann beruht [43] großentheils darauf, daß man alles dasjenige, was man mitbenutze, auch zu unterhalten habe, und setzt er hierin ein Kennzeichen der Gemeinschaftlichkeit. Wenn er daneben in Erwägung bringt, daß Bekl., als Eigenthümer der Mauer, die Benutzung derselben zur Widerlage des klägerischen Kellergewölbes nicht zugegeben haben würde, so geht hiemit offenbar seine Argumentation über ihr eigenes Ziel hinaus. Als ob nämlich der Bekl. nicht auch schon als bloßer Miteigenthümer jener Benutzung der Mauer abseiten des Kl. zu widersprechen Befugniß und Anlaß gehabt hätte!...

[44] Die klägerischen Anträge sind zunächst auf Verurtheilung des Bekl. zum Ersatze der behaupteten Schäden, deren Liquidation vorbehältlich, gerichtet, ein Gesuch, welchem nur dann hätte entsprochen werden können, wenn vom Kl. der Beweis dieser Schäden vollständig oder doch bis zum Erfüllungseide erbracht worden wäre. Solches ist jedoch keineswegs der Fall.

[45] In dem gemeinschaftlichen Gutachten der Sachverständigen Schlösser, Grube, Warncke und Hammerich vom 18. Juli 1857 heißt es hierüber, am klägerischen Vorderhause sei nichts Namhaftes von Beschädigungen wahrzunehmen, was durch den Abbruch des Theatergebäudes veranlaßt wäre; die sichtlichen Risse und sonstigen wandelbaren Theile seien schon früherer Baufälligkeit zuzuschreiben, wie

auch über die Veranlassung der sichtlich gewesenen Lecken Nichts zu bestimmen sei; im Seitengebäude sei die Fachwand des Kl. in sehr wandelbarem Zustande, die Gypsdecken in beiden Stockwerken haben mehrfache feine Risse, theils sei die Veranlassung derselben nicht anzugeben, theils seien sie durch die schlechte Unterstützung der Decken durch die schadhafte Fachwand und später durch die Abstützung der [46] Balken vermehrt worden, der eigentliche Schaden am Seitengebäude (Gypsdecken und Tapeten) werde durch den Abbruch der schadhaften Fachwand herbeigeführt. Abgesehen also von dem für Gypsdecken und Tapeten des Seitengebäudes nachtheiligen Abbruche der Fachwand — über welchen unten ein Mehres — ist hiemit ein Schaden nach Maaßgabe des Beweissatzes nicht dargethan. — Viel später freilich, mittelst Gutachtens vom 21. Octbr. 1858, haben die klägerischen Sachverständigen Schlösser und Grube eine lange Reihe weiterer Schäden specificirt, welche der Kläger durch den Abbruch des alten und Wiederaufbau des neuen Theaters an seinem Seitengebäude erlitten habe, als: Entstehung bzw. Erweiterung von Rissen im Keller, Beschädigung von Brandmauern, Fußböden, Fußlambris, des [47] Oelanstrichs am Holzwerke u. s. w. Allein bei dieser Abweichung von dem Gutachten vom 18. Juli 1857, welche mit Nichts aufgeklärt ist und unmöglich, wie der Kl. vermeint, als eine bloße Vervollständigung und befugte Ergänzung des früheren Gutachtens gelten kann, kommt jenen späteren Aussagen irgend ein erhebliches Gewicht nicht zu. Zwar ist denselben der dritte klägerische Sachverständige Lehmann beigetreten (Separatgutachten vom 21. Octbr. 1858), dieser vermag jedoch für sich allein den Beweis der fraglichen Schäden nicht herzustellen, zumal da insoweit die Erklärungen der beklagtischen Sachverständigen Warncke und Hammerich vom 18. Juli 1857 entgegenstehen, welche in ihren Separatgutachten vom 21. u. 20. Octbr. 1858 [48] im Wesentlichen wiederholt haben, und durch das Gutachten des dritten beklagtischen Sachverständigen, Zimmermeisters A. Grube unterstützt werden; auch Letzterer hat keinen Schaden wahrgenommen außer dem durch Abbruch der Fachwand entstan-

denen. Diesen Schaden will allerdings der Kl., als einen mittelbaren oder indirecten Schaden, für welchen Bekl. nach §. 81 der Lübecker Bauordnung vom 1. April 1854 ebenfalls hafte, mit in Betracht gezogen wissen, indem die Entfernung der Fachwand durch den beklagtischen Abbruch der (angeblich) gemeinschaftlichen Mauer und die dadurch bewirkte Entziehung der Stützpunkte für die klägerischen Dach- und Etagebalken nothwendig geworden sei. Auch hierin ist indessen seine [49] Ansicht als irrig zu bezeichnen. Um nicht zu wiederholen, was bereits das vorige Erk. in Erinnerung gebracht hat, daß nämlich ein wirkliches Aufliegen der klägerischen Balken auf der streitigen Mauer von einem Theile der Sachverständigen, Warncke und Hammerich, in Zweifel gezogen ist, so steht dem Kl. vornehmlich hier entgegen, daß über ein nach der Lage der Sache für seine Schadensansprüche wesentliches Verschulden des Bekl. in Herbeiführung der entstandenen Schäden in der ganzen Beweisführung nichts vorgekommen ist; denn darüber schweigen die sämmtlichen Gutachten gänzlich. Gleichwohl ist soviel klar, daß, nachdem ein Anrecht des Kl. an der streitigen Brandmauer unerweislich geblieben, der Abbruch derselben von [50] Seiten des Bekl. für sich allein noch keine widerrechtliche Handlung gebildet haben, und den Letzteren nicht ohne Weiteres verpflichtet haben kann, dafür aufzukommen, daß nunmehr die klägerische Fachwand den bestehenden Baugesetzen nach durch eine neue Mauer ersetzt werden mußte. Eine derartige Entschädigungspflicht würde nach allgemeinen Grundsätzen nur dann begründet erscheinen, wenn durch das Verfahren des Bekl. beim Abbruche der Brandmauer die Schadhaftigkeit der Fachwand culposer Weise herbeigeführt oder doch dermaßen vermehrt wäre, daß deren Entfernung hätte erfolgen müssen; hierüber aber liegen Beweise nicht vor. Was sodann die Bauordnung anlangt, deren §. 81 nach dem eigenen Anführen des Kl. [51] folgendermaßen lautet: „Bei jeder Bauausführung hat der Bauherr die zur Sicherstellung der nachbarlichen Grundstücke erforderlichen Vorkehrungen auf seine Kosten zu treffen; er haftet seinen Nachbarn für jeden ihren Grundstücken durch den Bau etwa zugefügten Schaden, selbst

dann, wenn er den durch die Baupolizeibehörde getroffenen Anordnungen vollständig Genüge geleistet haben sollte," so ist damit eine Verpflichtung des Bauherrn, auch einen bloßen entzogenen Gewinn — nur als solcher ist das Wegfallen der Theatermauer aufzufassen — auch abgesehen von dem Falle einer Verschuldung dem Nachbarn zu ersetzen, gewiß nicht ausgesprochen. Denn die ganze [52] Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche der §. 81 anordnet, beruht, insoweit nicht ein Verschulden oder eine sonstige widerrechtliche Handlungsweise des Bauherrn vorgefallen ist, eben nur auf diesem positiven Gesetze, enthält aber alsdann der Regel nach nicht auch die Verpflichtung, den entzogenen Gewinn zu vergüten, sondern hat nur den wahren Sachwerth zum Gegenstande. In der That wäre es auch eine exorbitante Vorschrift, daß Jeder, wenn er bei einem Bau auch noch so streng innerhalb seiner Eigenthumsbefugnisse sich gehalten hatte, seinen Nachbar für Entziehung aller und jeder, auch bloß zufälliger und thatsächlicher [53] Vortheile und Begünstigungen entschädigen sollte, welche der frühere Zustand dem Nachbarn gewährt hatte. Eine derartige Beschränkung in der Disposition über das Eigenthum kann ohne ausdrückliche Anordnung in dem Gesetze nicht gefunden werden.

Dieser Auffassung steht endlich auch der Inhalt des Beweissatzes v. 19. Dec. 1857 nicht entgegen. Derselbe geht zwar generell und ohne weitere Unterscheidungen auf den Schaden, den der Kl. durch den Abbruch und Neubau auf dem beklagtischen Grundstücke an seinem Grundstücke erlitten habe. Keineswegs ist aber damit dem Kl. schon im Voraus Ersatz für allen und jeden solchen Schaden, welchen er etwa nachweisen würde, so namentlich für bloße entzogene Vortheile, unbedingt zugesprochen; vielmehr mußte es dem [54] Definitiv-Erk. vorbehalten bleiben, die Erstattung des einen oder andern speciellen Schadens unter Berücksichtigung des besondern zutreffenden Grundes der Entschädigungspflicht dem Bekl. aufzulegen oder ihn davon zu entbinden. So würde, wenn der Kl. die Gemeinschaftlichkeit der streitigen Mauer nachgewiesen hätte, deren einseitiger Abbruch Seitens des Beklagten als eine widerrechtliche Handlung sich heraus-

gestellt und alsdann ohne Frage zum vollständigen Schadenersatze, einschließlich der entzogenen Vortheile, verpflichtet haben. Da aber hierüber bei Erlassung des Beweisurtheils noch nichts Genügendes vorlag, so konnte auch die Beweisauflage nur so, wie geschehen, allgemein gefaßt werden, unter Vorbehalt der späteren Entscheidung über das [55] Maaß und die Grenzen der Entschädigungspflicht. —

Schon aus dem Obigen ergiebt sich im Wesentlichen, wie auch auf die eventuellen Beschwerden des Kl. nicht eingegangen werden kann. Die erste betreffend, haben die Sachverständigen des Bekl. übereinstimmend erkärt, außer dem Schaden, welchen der Abbruch der Fachwand veranlaßt habe, sei an dem klägerischen Gebäude kein oder doch kein nennenswerther Schaden entstanden. Wollte man ihnen nun auch, wie Kl. es hier beantragt, aufgeben, nachträglich diejenigen Einzelheiten speciell namhaft zu machen, worin das klägerische Gebäude durch jenen Abbruch Schaden genommen habe, so würde doch die endliche Entscheidung dadurch in Nichts gefördert werden, weil durch alle solche [56] Schadensspecificationen die nach dem Obigen unerwiesene Annahme, daß Beklagter für den aus dem Abbruche der Fachwand entstandenen Schaden hafte, begreiflich keinen Grund gewinnen würde.

Die zweite eventuelle Beschwerde ist darauf gegründet, daß dem Appellanten (Kl.) nicht ein Schätzungseid über die Größe des erlittenen Schadens vorbehalten ist. Bekanntlich setzt aber die Gestattung dieses Eides der Regel nach voraus, daß die Existenz eines Schadens bewiesen vorliege, was hier, so weit ein vom Bekl. zu ersetzender Schaden in Frage, zur Zeit noch nicht der Fall ist. Außerdem findet der Schätzungseid nur über den Betrag desjenigen Schadens statt, welcher durch Arglist, grobes Verschulden, oder Ungehorsam des Gegners erwachsen ist. Allein [57] auch diese Voraussetzung ist klägerischerseits völlig unerwiesen geblieben. Wenn der Appellant (Kl.), um ein Verschulden des Beklagten darzulegen, geltend gemacht hat, daß der Abbruch der streitigen Mauer von demselben begonnen sei, ohne nach Vorschrift der Bauordnung vorher die polizeiliche Erlaubniß dazu eingeholt zu haben, so ist doch diese Behauptung durchaus nicht

geeignet, einen ursachlichen Zusammenhang zwischen jener angeblichen Ordnungswidrigkeit und dem entstandenen Schaden ersichtlich zu machen; denn es erhellt überall nicht, daß letzterer, wenn jene nicht vorgefallen wäre, gar nicht oder doch nicht in bestimmter Maße eingetreten sein würde. Und [58] doch könnte erst dann, wenn dieses feststände, die Annahme Grund finden, daß die behauptete Zuwiderhandlung des Bekl. gegen die Bauordnung — möglicherweise ein bloßer Formfehler — Beziehung und Einfluß auf den entstandenen Schaden gehabt habe.

---

## 429. Prösch Wwe w. Dorfschaft Albsfelde, 30. April 1861. P161S.

Verpflichtung, für zugezogene Gemeindeglieder im Fall der Verarmung zu sorgen.

In einem Rechtsstreite zwischen der Dorfschaft Albsfelde und der Wittwe Prösch, betr. die Verpflegung der Tochter des Schwarz, ihrer unehelichen Kinder und sonstiger Schwarz'scher Familienglieder, hatte die Klrin u. A. die Behauptung aufgestellt, es sei in Lübeck ein in viridi observantia befindlicher Satz des Gemeinderechts, daß ein jeder Dorfseingesessene, welcher einen nicht in derselben Dorfschaft schon Heimathsberechtigten in seine Wohnung aufnehmen wolle, an die Einwilligung der Dorfschaft gebunden, und, falls er, ohne solchen Consens nachzusuchen, dennoch Jemand bei sich aufnehme, verpflichtet sei, denselben und dessen Familie allein zu versorgen und zu verpflegen. Das LG. erklärte in seinem Erk. v. 10. Dec. 1858, dieser Satz sei in seiner Allgemeinheit und namentlich insoweit er sich auf Angehörige des lübeckischen Staatsgebiets beziehen solle, notorisch nicht richtig; es sei vielmehr eine Freizügigkeit der lübeckischen Angehörigen in dem lübeckischen Gebiete, welche, wenn der von der Klrin aufgestellte Rechtssatz wirklich Geltung erlangt hätte, vollständig ausgeschlossen wäre, von den Gerichten und den Verwaltungsbehörden bis jetzt immer anerkannt, und auch in vorkommenden Fällen aufrecht erhalten. Das LG. hat daher im Uebrigen der Bekl. den Beweis auferlegt, „daß Schwarz im lübeckischen Gebiet geboren sei," und dagegen der Klrin den Beweis, „daß Prösch beim Zuzug von Schwarz in die zu Prösch's Stelle gehörige Tagelöhnerwohnung seine und seiner Stelle Verpflichtung zur Versorgung von Schwarz und Familie im Verarmungsfalle ausdrücklich anerkannt, und sich und seine

Stelle zur Leistung einer derartigen Unterstützung der klägerischen Dorfschaft gegenüber verpflichtet habe.

Auf Appellation der Klrin ließ die J. F. zu Göttingen am 1. Sept. 1859 derselben neben dem obigen Beweise den Beweis des obgedachten Herkommens, und ihres Widerspruchs gegen die Aufnahme von Schwarz frei, und diese Entscheidung wurde von dem OAG. bestätigt.

[7] a) in formeller Hinsicht wird das Gewicht, welches dem in diesem Ausspruche enthaltenen Atteſtate des Landgerichtes an sich beigelegt werden könnte, dadurch wesentlich geschwächt, daß derselbe jeder speciellen Belegung aus der [8] Praxis des Gerichts entbehrt. Der klagenden Dorfschaft für ihre so entschiedene Behauptung von vorn herein jede Möglichkeit näheren Erweises zu entziehen, ließe sich unter solchen Umständen um so weniger rechtfertigen, als einerseits, wenn der hier in Frage gestellte Punkt des dorflichen Gemeindewesens in unbestreitbarer Notorität beruhte, es auffällig erscheinen müßte, daß das Landamt selbst die Klrin den Rechtsweg zu beschreiten gewissermaßen veranlaßt hat, als andererseits die Parteien sich in entgegengesetzter Richtung auf einzelne, theils zu judicatorischer, theils zu administrativer Erledigung gekommene Präcedenzfälle berufen haben. Ebenso hätte es zwar

b) in materiellem [9] Betrachte etwas Befremdliches, wenn gegen Zuzug und Aufnahme Fremder ein unbedingtes und willkürliches Widerspruchsrecht selbst unter der Voraussetzung der Dorfschaft zustände, daß dieselben nur der Gemeinde-, nicht aber der Staats-Angehörigkeit entbehrten, auch als völlig unbescholten anzuerkennen wären. Nicht minder läßt es sich in gewissem Sinne als Singularität bezeichnen, daß die ohne Zustimmung oder gar gegen Widerspruch der Dorfschaft erfolgte Aufnahme von Fremden Seitens eines Gemeindegliedes nicht etwa blos auf deren Entfernung ein Recht, sondern hierdurch allein schon für die Aufnehmer bzw. für deren Stellen die Verpflichtung begründen soll, die Aufgenommenen und ihre gesammte Familie im Verarmungsfalle nach Maßgabe ihres Bedarfs zu unterhalten. Allein eine Irrationalität (10) kann doch in Letzterem nicht gefunden werden, weil auch für die durch Geburt oder förmliche Aufnahme Seitens

der Dorfschaft dem Gemeindeverband angehörigen Personen und Familien die Last ihrer Erhaltung im Verarmungsfalle wesentlich auf den zu desfallsigen Beiträgen pflichtigen Gemeindegliedern und Dorfstellen ruht; und wenn jene ohne Zustimmung der Gemeinde erfolgte Aufnahme Fremder eben nur die oben bemerkte Wirkung hat, so ist damit auch die ganz willkürliche und unmotivirte Verhinderung des Zu- und Einzugs Seitens der Dorfschaft ausgeschlossen und die Freizügigkeit innerhalb Landes nicht mehr als unbedingt aufgehoben zu erachten.

---

## 431. Ehlers w. Dorfschaft Dummersdorf, 4. Juli 1861 E119V.

1) Hat der Appellant den Werth eines schätzbaren Streitgegenstandes in den vorderen I. als ganz geringfügig bezeichnet, so wird gleichwohl, auf Grund eines von ihm beigebrachten Attestes eines Sachverständigen, worin das Vorhandensein der AS. bescheinigt ist, wenn der Appellat nicht widersprochen hat, die Sache für appellabel erachtet. rat. 1.

2) Eine Zeugenaussage, welche zu einem Beweissatze erfolgte, für welchen der Zeuge nicht vorgeschlagen ist, findet nach wiederholten Entscheidungen des OAG. bei Beurtheilung des Beweissatzes, für welchen sie erheblich ist, volle Berücksichtigung. rat. 3.

---

## 434. Credit- und Versicherungsbank w. Gibsone, 29. Oct. 1861. C97X.[1]

1) Versicherer, welche ein wegen Collision auf der versicherten Reise zu einer seinen Werth übersteigenden Summe verurtheiltes und im

[1] Abgedr. N.-Arch. f. Handelsr. B. 3. S. 399— 410.

Wege der Hülfsvollstreckung verkauftes Schiff bei der Versteigerung eigenthümlich erworben haben, sind berechtigt, dasselbe dem Versicherten in natura zurückzugeben, und nicht genöthigt, die gezeichnete Summe zu zahlen.[1])

2) **Partial**versicherer, welche durch Ankauf eines wegen Collision verurtheilten Schiffes und Rückgabe an den Versicherten sich von der Verpflichtung zur Zahlung der gezeichneten Summe befreien, haben überdies das Recht, von dem Versicherten nach Maaßgabe seiner Selbstversicherung die Berichtigung des von ihnen bezahlten Kaufpreises zu fordern, insoweit sie im Rechtssinne dessen Geschäfte besorgt haben.

---

[1]) Vom Feinde genommene und eingelöste Schiffe stehen insoweit den zur Abbürdung einer Schuld verkauften und wiederangekauften Schiffen gleich. So nach allgem. Grundsätzen und insbesondere nach A. P. §§. 113. 119—121. 123, wo einerseits die Zulässigkeit des Abandons eng begrenzt und andererseits die Pflicht des Versicherten, für die versicherte Sache möglichst zu sorgen, anerkannt ist. — Anders nach französischem Recht, wo die Pflicht zu entschädigen mit Eintritt des zum Abandon befugenden Thatumstandes unwiderruflich eintritt, und die Fälle, welche zum Abandon berechtigen, sehr vermehrt sind. Allein die Literatur des französischen Rechts beweist, daß dessen Auffassung kein gemeines Recht sei. Der neueste Schriftsteller aus Marseille, Cauvet, Tr. sur les assurances maritimes. Par. 1862. T. 2. c. 2. nr. 315, p. 33, drückt sich so aus: „Toutefois, la perte d'un objet pour l'assuré comprend la dépossession de celui-ci de cet objet, quand elle est la conséquence directe des fortunes de mer. Tel est le cas d'une vente, pour le paiement de dépenses d'avaries faites en cours de voyage, si elle a lieu pendant le voyage même, ou à son terme, faute par l'assureur d'acquitter sa contribution: car, alors l'assuré est dépossédé par l'effet des charges nées des fortunes de mer et auxquelles le capitaine n'a pu subvenir, ou de charges que les fortunes de mer ont laissées à leur suite et dont l'assuré n'était pas tenu. Tel n'est pas, au contraire, le cas d'une dépossession résultant d'un abandon, qui n'est qu'un mode facultatif de libération," ohne der Befugniß des Versicherers sich durch Ankauf und Rückgabe des Schiffs von der Zahlungsverbindlichkeit zu befreien, überall zu gedenken. — Die Entscheidung eines dem vorliegenden gleichen Falles hat sich nicht auffinden lassen.

## 435. Benn Ehefr. w. Heins Wwe., 28. Nov. 1861. B484R.

**Erklärung eines letzten Willens, in welchem bei einer Zuwendung eine aufschiebende Bedingung oder eine Zweckbestimmung enthalten sein sollte.**

[2] II) Die Beschwerde der Intervenientin war als unbegründet zu verwerfen. Der Erblasser hatte in §. 6 seines Testaments über seinen Allodialnachlaß in der Weise verfügt, daß er darin seine Ehefrau, seine verehelichte Tochter erster Ehe — die gegenwärtige Intervenientin — und seinen Sohn zweiter Ehe, nach Abzug des Eingebrachten seiner Ehefrau, zu gleichen Theilen instituirt, und dabei [3] verordnet hatte, was sich schon den Rechten nach von selbst verstand, daß seine Tochter den ihr bei ihrer Verheirathung gelobten Brautschatz von 1000 ℛ︁., den der Erblasser ihr noch bei seinen Lebzeiten auszukehren gedenke, falls sie alsdann noch als Miterbin seines Allodialnachlasses auftreten wolle, zu conferiren, schuldig sei In der späteren, das Testament in einzelnen Punkten abändernden Disposition v. 16. Febr. 1857 hat der Erblasser nun aber, nachdem er zuvörderst den Altentheil seiner Ehefrau erheblich verbessert, dem §. 6 des Testaments eine Verfügung substituirt, in welcher es zunächst heißt, daß von seinem außer seiner Hufe und Zubehör nachbleibenden Baarvermögen — worunter eben sein Allodialnachlaß zu verstehen ist — sein jüngster Sohn als Aussteuer 3000 M. haben [4] solle, wie dieselbe Summe auch seine verheirathete Tochter bereits nunmehr erhalten habe, und worin er sodann verfügt, daß der Rest seines gedachten Vermögens, nach Abzug des Eingebrachten seiner Ehefrau und des — früher offenbar übersehenen — Mutterguts seines zum Anerben ernannten Sohnes erster Ehe, *nur* unter seine beiden anderen Kinder, die verheirathete Tochter und den Sohn zweiter Ehe, zu gleichen Theilen vertheilt werden solle. — Nun will die Intervenientin lediglich daraus, daß der Testator hier zu Anfang sagt, der jüngste Sohn solle den Voraus von 3000 M. „als Aussteuer“ haben,

herleiten, dasselbe sei ihm nur unter der Suspensivbedingung hinterlassen, daß er sich verehelichen oder doch einen eigenen Heerd gründen werde, und nimmt, da der in der Minderjährigkeit [5] verstorbene Bruder diese Bedingung nicht erfüllt, den Voraus also nicht erworben habe, solchen für sich in Anspruch. Allein dieser Auffassung der fraglichen Bestimmung war, mit den v. Richtern, nicht beizutreten. Um nämlich hier in der Willenserklärung des Testators eine Suspensivbedingung oder auch nur eine Zweckbestimmung als beabsichtigt anzunehmen, müßte nach der Natur solcher Beschränkungen letztwilliger Zuwendungen der gebrauchte Ausdruck ein völlig klarer sein, oder doch die vom Testator dabei gehegte Absicht sich aus anderen Bestimmungen desselben unzweifelhaft ergeben. Beides ist aber nicht der Fall.

A. daß der Ausdruck „als Aussteuer" nothwendig als Bedingung oder Zweckbestimmung verstanden werden müsse, läßt sich nicht wohl behaupten: er kann ebensowohl nur als [6] Demonstration gebraucht sein, um das Motiv und den Zweck von diesem Voraus auszudrücken. Die Meinung des Testators kann gewesen sein: wie seine Tochter bereits eine Aussteuer von 3000 M. erhalten habe, so solle sein Sohn zur Gleichstellung mit ihr dieselbe Summe als Aequivalent der Aussteuer vorweg erhalten, um auch ihm die Mittel darzureichen, demnächst einen selbstständigen Haushalt zu gründen. Sodann aber...... [7] spricht:

B. gegen die behauptete Suspensivbedingung die im Allgemeinen bei Landleuten vorauszusetzende Absicht, ihre Kinder, abgesehen von der Verfügung über ihre [8] Landstelle, in Beziehung auf ihr übriges Vermögen gleich zu behandeln, und die Art, wie in dem vorliegenden Falle der Erblasser diese Absicht rücksichtlich seiner verehelichten Tochter und seines jüngsten Sohnes an den Tag gelegt hat. — Denn in seinem Testamente hat er sowohl in der Abfindung aus seiner Hufe, als auch im obenangeführten §. 6 hinsichtlich seines Allodialnachlasses dieselben völlig gleich behandelt. Ebenso hat er in seiner späteren Verfügung vom 16. Febr. 1857, unter Erhöhung der gleich zwischen ihnen zu vertheilenden Abfindung aus der Hufe, bestimmt, daß der Stell-

annehmer dem jüngsten Sohne bei seiner Verheirathung an Mobilien das Gleiche aus der Hufe zu geben habe, was seine Tochter erhalten. Und dagegen kann auch nicht wohl geltend [9] gemacht werden, daß nach eben dieser späteren Disposition der jüngste Sohn, falls er die Stelle antreten sollte, seiner dann allein noch übrigen Schwester die volle Abfindung von 9000 M. auszahlen soll, während die für den Fall des Todes auch dieses Sohnes vor Antritt der Stelle zur Anerbin berufene Tochter nur gehalten sein soll, der Ehefrau des Testators, wenn sie noch am Leben sein sollte, 3000 M. von der Stelle auszukehren, indem dies, wie bemerkt, nur für den Fall des früher eingetretenen Todes des jüngsten Sohnes bestimmt ist. Vielmehr läßt sich umgekehrt daraus, daß der jüngste Sohn für den ebenso möglichen Fall, daß er die Stelle antreten sollte, nachdem seine Schwester bereits verstorben, nicht zu einer solchen Leistung an die Ehefrau verpflichtet wird, eher eine Bevorzugung desselben folgern. [10] Da nun nach dem §. 6 des Testaments dieser jüngste Sohn sofort beim Tode des Vaters mindestens 3000 M. aus dem Allodialnachlasse erhalten haben würde, so ist gar nicht anzunehmen, daß der Testator in der späteren Verfügung, welche an die Stelle des §. 6 des Testaments treten sollte, und zu der er sich, wie oben bemerkt, genügend durch andere Motive veranlaßt gefunden hat, seinen jüngsten Sohn durch die angebliche Suspensivbedingung so viel nachtheiliger habe stellen wollen, indem ja dann dieser, wenn er länger gelebt, und gleichwohl nie einen selbstständigen Haushalt gegründet hätte, während seines ganzen Lebens auf die Abfindung aus der Stelle und den Rest des Allodialnachlasses beschränkt gewesen wäre, welcher, wenn überall vorhanden, jedenfalls sehr unbedeutend sein muß, da der Testirer es im §. 6 des Testaments als zweifelhaft hinstellt, ob seine verehelichte [11] Tochter nach Empfang ihrer Aussteuer noch als Miterbin des Allodialnachlasses auftreten werde, und die Kl. ihren Erbanspruch auf den Antheil ihres verstorbenen Sohnes an einem solchen Reste gar nicht ausgedehnt hat.

## 1862.

### 437A. Riesland Bekl. w. Hammonia Güterpfleger, 13. Febr. 1862. C. 1. R279Z.

1) Rechte einer Actiengesellschaft beim Tode oder der Zahlungsunfähigkeit eines Actionärs.

2) Die bei Begründung einer Actiengesellschaft gestellte Bedingung der Zeichnung eines Capitals von einer gewissen Höhe kann später modificirt werden; und wer der Abänderung beigetreten ist, hat das Recht verloren, die Existenz der Gesellschaft wegen Nichtzeichnung des ursprünglichen Capitals anzufechten.

3) Wider besseres Wissen gemachte Zusagen und stattgehabte Verschweigungen bei Gründung einer Actiengesellschaft geben dem Zeichner ein Recht, auf Vernichtung seiner Zeichnung anzutragen.

4) Die bei Umwandelung einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Lebensversicherungsgesellschaft in eine Actiengesellschaft gegebene Zusicherung eines beim Uebergang vorhandenen Activbestandes giebt, wenn sich statt dessen ein Passivbestand herausstellt, dem eintretenden Actionär ein Recht auf Vernichtung seiner Zeichnung.

5) Die Wissenschaft des Mandatars von der Arglist des Mitcontrahenten seines Mandanten schadet diesem nicht, wenn der Mandatar zugleich Vertreter des Mitcontrahenten ist.

6) Erhält der Actionär Kunde von der Un-

richtigkeit jener Zusage, und giebt später durch schlüssige Handlungen, z. B. Entgegennahme von Zinsen oder Umwandelung seiner Actien, sein Verbleiben bei der Gesellschaft zu erkennen, so liegt darin ein Verzicht auf die Anfechtung der Zeichnung.

7) Das in Lübeck geltende sächsische Princip bejahender Einlassung im Falle einer Nichtbeantwortung von Thatumständen der Klage in der Vernehmlassung gilt nicht für die späteren Proceßschriften.[1])

[3] Die Einrede der erloschenen Obligation ist darauf gegründet, daß die von dem Bekl. gezeichnete Actie Nr. 37, nach seiner i. J. 1853 erfolgten Insolvenzerklärung, in Gemäßheit des §. 13 der Gesellschaftsstatuten, habe annullirt werden müssen; daß er auch wirklich dieselbe, um damit statutenmäßig zu verfahren, an die Direction eingesandt und diese, indem sie die eingesandte Actie behalten, die hierin liegende Abänderung thätlich anerkannt habe.

Die Grundlosigkeit dieser Auffassung unterliegt jedoch keinem Zweifel. Der §. 13 der Statuten [4] enthält zwei im genauesten Zusammenhange mit einander stehende Bestimmungen:

a) Im Falle des Todes oder der Insolvenz eines Actionärs „muß“ innerhalb dreier Monate die Actie an eine vom Verwaltungsrathe genehmigte Person übertragen werden, „widrigenfalls“

b) dieselbe ohne Weiteres annullirt und eine unter derselben Nummer auszugebende neue Actie für Rechnung der Erben oder der Concursmasse öffentlich verkauft „werden wird.“

Daß es sich bei der Bestimmung unter a) lediglich um eine Verpflichtung des Actionärs bzw. seiner Rechtsnachfolger handelt, ist klar. Dem entspricht es aber, daß man in der

---

[1]) S. jetzt CPO. §. 7, wonach jede thatsächliche Behauptung, welche Gegner nicht in nächster Erklärung bestimmt in Abrede gestellt hat, oder in Betreff welcher er mit der Beantwortung ausgeschlossen ist, als eingeräumt gilt. Also jetzt ganz wie in Frankfurt Art. 34. Pr. PO.

Bestimmung unter b) nichts weiter [5] zu finden hat, als eine Befugniß der Direction.

Hierfür läßt sich schon der Wortlaut anführen. Die Gesellschaft ist es, die als redend gedacht werden muß. Wenn sie nun sagt, daß die Annullirung 2c. erfolgen „werde", so liegt darin nur die Ankündigung, nicht das Versprechen des fraglichen von ihr vorzunehmenden Acts.

Noch eindringender aber ist dieses Verständniß durch die klare Absicht des ang. §. 13 geboten. Es ist offenbar, daß es sich bei der ganzen hier in Frage stehenden Norm nur um die Wahrung der Interessen der Gesellschaft für den Fall handelt, wo derselben aus dem Tode oder der Insolvenz eines Actionärs Schwierigkeiten zu erwachsen drohen, und daß insbesondere die oben unter b. [6] erwähnte Maaßregel Nichts sein soll, als das Mittel, um die Rechtsnachfolger des Actionärs zur Erfüllung der nach a. ihnen obliegenden Verpflichtung zu zwingen, bzw. dasselbe Resultat auf anderem Wege herbeizuführen.

Ist dies aber der Fall, so erscheint die Annullirung der Actie des insolvent gewordenen Actionärs überall nur als ein Recht, nicht als eine Pflicht der Gesellschaft, und es kann sich lediglich fragen, ob von jenem Rechte thatsächlich Gebrauch gemacht und die Actie von Seiten der Direction annullirt worden ist. Daß dies geschehen, hat aber Bekl. selbst nicht behauptet...

[13] Der Bekl. versucht auszuführen, daß die Actiengesellschaft Hammonia, weil das in §. 6 der Statuten auf BM. 1,000,000 bestimmte Actien-Garantiecapital niemals complet geworden, gar nicht zur rechtlichen Existenz gelangt sei; hat diesen Einwand aber später dahin modificirt, daß auch nicht einmal der dritte Theil jener Summe durch die Actienzeichnungen gedeckt worden, während doch — nach dem Programm vom 1. Jan. 1851 — das Zustandekommen der Gesellschaft jedenfalls durch eine Actienzeichnung in diesem Betrage bedingt gewesen sei....

1) Rechtlich ist es allerdings unzweifelhaft, daß, wenn in der Proposition zur Errichtung einer Actiengesellschaft ein bestimmtes Capital als das zur Begründung des Unterneh-

mens erforderliche bezeichnet ist, ein jeder Zeichner die durch seine Zeichnung begründeten Verpflichtungen nur unter der Bedingung übernimmt, daß durch die Gesammtheit der gezeichneten Actien das ganze erforderliche Capital werde aufgebracht werden, und daß er folgeweise, so lange jene Bedingung nicht eingetreten ist, aus seiner Zeichnung nicht in Anspruch genommen werden kann.

OAG.-Entsch. bei S., 2. Nr. 290.

Ebenso klar aber ist es, daß eine Aenderung der ursprünglich beabsichtigten Bedingungen durch den Gesammtwillen der Betheiligten möglich ist, und daß ein Jeder, der in eine solche Aenderung eingewilligt hat, nun nicht mehr nach Maßgabe der ersten Proposition, sondern nur noch nach [15] Maßgabe der substituirten Bestimmung behandelt zu werden verlangen kann.

2) Thatsächlich ist so viel gewiß, daß es niemals die Absicht war, das Zustandekommen der Actiengesellschaft von der Zeichnung des vollen in §. 6 der Statuten auf Eine Million bestimmten Actien-Garantiecapitals abhängig zu machen. Das Programm vom 1. Jan. 1851, wodurch zur Actienzeichnung aufgefordert wurde, sagte ausdrücklich, daß in Rücksicht der eigenen Kräfte, welche die Anstalt besitze, zunächst nur „der dritte Theil der creirten Actien auszugeben beabsichtigt werde." Hiernach wußte und wollte jeder Actienzeichner, daß es keinenfalls einer größeren als der Zeichnung von $1/3$ Million zur [16] Constituirung der Gesellschaft bedürfen solle. Dagegen konnte er allerdings, so lange ihm Nichts als das Programm vorlag, voraussetzen, daß dieses Drittel auch das Minimum sei, ohne dessen Erreichung die Gesellschaft überhaupt nicht in's Leben treten werde. Bestimmt ausgesprochen hatte sich das Programm jedoch nicht über diesen Punkt. Derselbe war noch immer einer Erläuterung fähig. Diese hat er durch das Formular der „Actienzeichnung" erhalten. Hier heißt es in der vorletzten Alinea:

„der Gewinn der Actionäre wird um so höher ausfallen, da vorerst nicht mehr als höchstens der dritte Theil der creirten Actien begeben werden soll."

Damit war (v. „höchstens") angekündigt, daß mög-

licherweise auch schon auf Grund einer geringeren Actienzahl die Gesellschaft in's Leben treten solle, und wer dieses Formular unterzeichnete, kann nicht behaupten, er habe darauf rechnen dürfen, daß, wenn nicht für $^1/_3$ Million Actien gezeichnet seien, die Gesellschaft in keinem Falle werde constituirt werden.

Er hatte sich aber auch durch seine Zeichnung nicht etwa ganz der Willkür der Unternehmer preisgegeben. Die positive Voraussetzung für Constituirung der Gesellschaft, bzw. Theilnahme der einzelnen Actienzeichner an derselben war vielmehr in der letzten Alinea der „Actienzeichnung" bestimmt:

„Die gegenwärtige Zeichnung von Actien ist erst dann verbindlich, wenn der zeichnende Actionär in der ersten Generalversammlung, in welcher der Stand der [18] Anstalt zur Beurtheilung vorgelegt werden wird, seine Zustimmung zu dem Statut der Gesellschaft giebt."

Jede Zeichnung hatte hiernach bis zur ersten Generalversammlung nur einen provisorischen Charakter. In dieser Versammlung erst hatten, auf Grund der von der Direction zu machenden Mittheilungen und erforderlichenfalls zu gebenden weiteren Aufklärungen, die Actienzeichner ihre definitive Erklärung abzugeben. Der Rücktritt war Allen unbedingt gestattet. Wer dagegen blieb, der constituirte mit den anderen Bleibenden die Gesellschaft auf Grund der von der Gesammtheit der Bleibenden gezeichneten Actien, das dadurch gebildete Capital mochte so groß oder so klein sein, als es wollte.

3) Was den Bekl. insbesondere anlangt, so hat derselbe unter dem unter 2 erwähnten Formular Eine Actie gezeichnet und hiernächst die „Direction der Hammonia" bevollmächtigt, in der am 23. Aug. 1851 stattfindenden ersten Generalversammlung der Actionäre der Hammonia ihn als Actionär dieser Gesellschaft zu vertreten und bei vorkommenden Beschlüssen und Wahlen für ihn abzustimmen. Damit hatte er es der Erwägung dieser seiner Bevollmächtigten überlassen, je nach dem Ausgange der Verhandlungen in der gedachten Generalversammlung Namens seiner die vorbehaltene definitive Erklärung darüber abzugeben, ob er an der nunmehr zu con-

stituirenden Gesellschaft Theil nehmen wolle oder nicht, und wenn diese Erklärung — ungeachtet die Gesammtheit der gezeichneten Actien $1/3$ Million nicht erreichte und solches den [20] Vertretern des Bekl. wohl bekannt war — für das Inslebentreten der Gesellschaft und die Theilnahme des Bekl. an derselben ausgefallen, so ist Bekl. dadurch Mitglied der an jenem Tage auf Grund eines geringeren Actiencapitals constituirten Gesellschaft geworden....

[24] Das OAG. hat sich in propr. et Pehmöller m. n. w. Liman, 23. Juni 1847 (Hamb. S. 1., p. 973 ff., bes. p. 984 u. 987 unter 4) dahin ausgesprochen, daß, wenn bei einem Actienunternehmen der zur Subscription auffordernde Prospectus Angaben enthält, welche für die Solidität und Rentabilität der Unternehmung erheblich sind, dieselben als die Grundlage der Zeichnung betrachtet werden müssen und die Subscribenten aus ihren Zeichnungen nicht verpflichtet sind, wenn jene Angaben der Wahrheit nicht gemäß waren; — sowie ferner, daß, obgleich die fraglichen Versicherungen nicht von der zur Zeit noch nicht existirenden Gesellschaft ertheilt sind, diese doch, wenn sie auf Erfüllung der durch die Actienzeichnung übernommenen Verpflichtung klagt, auch die Einrede der Unverbindlichkeit, welche durch jene, die Grundlage der Zeichnung bildenden Versicherungen begründet wird, gegen sich gelten lassen muß. Es ist hier nur von positiven Zusicherungen die Rede, aber nicht zu bezweifeln, daß unter Umständen auch dem Verschweigen erheblicher, dem Unternehmer bekannter Punkte eine ähnliche rechtliche Wirkung beizulegen sein wird. Bei der ausdrücklichen Zusicherung würde es auf Arglist des Proponenten nicht einmal ankommen, es könnte aber dessen Vorliegen der Regel nach nicht bezweifelt werden; ein Schweigen würde nur unter dem Gesichtspunkte der Arglist von Bedeutung [26] werden. Die juristische Folge dieser Arglist ist übrigens nicht sowohl eine ohne Weiteres eintretende Nichtigkeit des Vertrags, als vielmehr nur ein Recht des getäuschten Contrahenten auf dessen Vernichtung oder Rescission, welche Rescission indessen in ihrer Wirkung der Nichtigkeit insoweit gleich steht, als dadurch nicht bloß die rechtlichen Folgen

des Geschäfts für die Zukunft sistirt werden, sondern die Sache auf den Stand zurückgebracht wird, als hätte das Geschäft niemals stattgefunden:

vgl. l. 11. §. 5. D. de act. emt. 19, 1; l. 5. l. 10. C. de rescind. vend. 4, 44.

Es muß aber dem Beklagten darin beigetreten werden, daß, wenn die Hammonia überschuldet war, [27] und deren Direction bei der Aufforderung zur Actienzeichnung behufs Umwandlung der bis dahin auf dem Princip der Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft in eine Actiengesellschaft, entweder die ausdrückliche Zusicherung machte, oder durch eine verleitliche Fassung ihres Programms bei den Zeichnungslustigen den Glauben erweckte, daß nicht Ueberschuldung, sondern vielmehr ein Activbestand vorhanden sei, dies für die in solchem Glauben zugetretenen Actionäre an und für sich einen rechtlichen Grund abgiebt, von dem Gesellschaftsvertrage sich loszusagen. Nun steht es durch Zugeständniß der Kläger fest, daß die Hammonia zu jener Zeit überschuldet war, muß aber auch weiter als bereits constatirt angesehen werden, daß die Direction die Zeichner von Actien, inducirt hat, das Gegentheil [28] anzunehmen. Hiefür.... ist es völlig durchschlagend, daß in der constituirenden Versammlung vom 23. August 1851 — ausweislich des jetzt vorgelegten Originalprotokolls, welches jedenfalls die Kläger gegen sich gelten lassen müssen — von dem vorsitzenden Director Dr. Gläser die ausdrückliche Mittheilung gemacht worden ist: „Mit Uebernahme der Activa der Hammonia seien — — — keine drückenden [31] Passiva zu übernehmen, da wie — — näher nachgewiesen ward ein Ueberschuß von Activis vorhanden sei.“ ....

[Der Bekl. hatte nun als Actionär der Hammonia deren Direction er beauftragt, ihn in der ersten Generalversammlung zu vertreten. Es fragt sich daher, ob dieser Umstand den Anspruch des Bekl. beseitige. Hierüber heißt es:]

[32] Die Direction der Hammonia ist selbstverständlich durch ihr eigenes Verfahren nicht getäuscht worden. Kommt

es nun bei den durch einen Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen auf die Kunde dieses Letzteren an

l. 2. §. 5. D. de lib. causa 40, 12.

l. 51. §. 1. D. de aedil. edict. 21, 1.

so erscheinen dem Bekl. aus der hier fraglichen Arglist nur Ansprüche gegen die Person der Directoren, als seine Mandatare, erwachsen zu können. Es kann jedoch, der Natur der Sache nach, von Anwendung jenes Grundsatzes nur da die Rede sein, wo der Mandatar und der Mitcontrahent verschiedene Personen sind. Wenn — wie das die heutigen Verkehrsverhältnisse öfters mit sich bringen — beide Eigenschaften sich in einer und derselben physischen Persönlichkeit vereinigt finden, darf sich der verletzte Theil daran halten, [33] daß die Arglist von seinem Mitcontrahenten direct gegen ihn verübt worden ist. Der Bekl. erscheint also nicht verhindert, nach Maaßgabe der oben entwickelten allgemeinen Grundsätze, auf Grund der von den damaligen Vertretern des Actienunternehmens gegen ihn verübten Arglist eine Rescission des Geschäftsvertrages, soweit er für seine Person daran betheiligt ist, zu verlangen....

[35] Sollte jedoch Bekl., wie dies von den Kl. behauptet wird, bei Constituirung der Actiengesellschaft Kenntniß von der wahren Sachlage gehabt oder diese später erhalten, und gleichwohl durch schlüssige Handlungen seinen Willen, bei der Gesellschaft zu verharren, kundgethan haben, so würde dadurch seine Einrede elidirt sein. Denn der Betrug (s. g. dolus causam dans.) eines Contrahenten macht, wie bereits hervorgehoben worden, den Vertrag nicht ohne Weiteres nichtig, sondern giebt dem andern Theile nur ein Recht auf Annullirung, welches dem Verzichte unterliegt. In Beziehung auf diese Replik des Verzichts ist nun Folgendes zu bemerken:

α. Die Passivposten, auf deren verschwiegene Existenz Bekl. die Einrede der Arglist gründet, sind nach der Vernehmlassung auf die Klage:

1) Bereits fällige und anerkannte Schäden im Betrage von BM. 21,700. Es waren dies, wie in der Replik angeführt und in der Duplik nicht bestritten ist, „aus den

Vorjahren überkommene Rückstände," deren der in der gegenwärtigen J. zuerst vorgelegte Rechenschaftsbericht für das Geschäftsjahr 1851 als immittelst abgetragen Erwähnung thut.

2) Noch nicht berichtigte Begründungskosten der (alten) Hammonia im Betrage von ca. BM. 9000, genauer BM. 9226. 15 Sch. 6 Pf. Der Status pro 1850 enthielt zwar unter der Rubrik „Ausgabe" einen Posten: „Abtrag auf Begründungskosten" mit BM. 1032 1 Sch., die Actionäre könnten aber, da von jetzt noch rückständigen derartigen [37] Kosten nicht die Rede war, annehmen, daß jener Abtrag der letzte gewesen und die „Begründungskosten" ganz gedeckt seien. Nach der replikarischen Behauptung der Kl., welche in der in gegenwärtiger J. gemachten Vorlage ihre Bestätigung findet, hat jedoch auch wieder der in der Generalversammlung vom 25. Sept. 1852 vorgelegte Rechenschaftsbericht für das Geschäftsjahr 1851 des fortgesetzten jährlichen Abtrags von BM. 1032 1 Sch. auf die Begründungskosten Erwähnung gethan: und ist außerdem mit der Replik eine angeblich in jener Generalversammlung schriftlich zu Protokoll mitgetheilte „Generalbilanz" producirt worden, in welcher im Debet die Begründungskosten, als jetzt noch BM. 8194. 14 Sch. 6 Pf. [38] betragend, aufgeführt sind. Daß diese „Begründungskosten", welche zusammen den obigen Betrag von BM. 9226. 15 Sch. 6 Pf. ergeben, nicht erst durch die Umwandlung der gegenseitigen in eine Actiengesellschaft hervorgerufen, sondern nur die bei ursprünglicher Fundirung der Gesellschaft entstandenen Kosten sein konnten, war an sich und vollens im Beihalt der Zusage des Programms zur Actienzeichnung, daß die Kosten der ersten Einrichtung hier gänzlich gespart werden würden, nicht zu verkennen. Kl. haben nun sowohl die allgemeine Behauptung aufgestellt, daß dem Bekl. die von ihm gerügten Mängel in dem Status der Hammonia im Wesentlichen bereits vor dem 23. August 1851 (Tag der Constituirung der Actiengesellschaft), jedenfalls aber nach dem Jahre 1852 bekannt gewesen seien, als auch insbesondere darauf sich berufen, daß [39] diese Kenntniß aus den soeben unter 1. u. 2.

erwähnten Actenstücken zu entnehmen gewesen sei. In diesem letzteren Punkte muß ihr allerdings beigepflichtet werden; es konnte aber gleichwohl, da Bekl. jene allgemeine Behauptung in Abrede gestellt hat und ein specielles Geständniß, daß die fraglichen Actenstücke zu seiner Kunde gelangt seien, nicht vorliegt, auch — da hier nicht die Vernehmlassung auf die Klage, sondern die Duplik in Frage steht — nach lübeckischem Rechte

vgl. Bahlen Wwe w. Nitzky, 30. Sept. 1828. S. 18. (S. 1, 95. p. 248. 249.)

nicht fingirt werden darf, eine Beweisauflage über den fragl. Punkt nicht umgangen werden. Zum Verständnisse dieser Beweisauflage sei bemerkt, daß, wenn auch die Summen der fragl. Passivposten in dem Beweissatze ausgedrückt sind, [40] dies nur behufs näherer Bezeichnung dieser Posten selbst geschehen ist, es aber für den von den Kl. zu erbringenden Beweis nicht auf die Kunde dieser speciellen Summen, sondern nur darauf ankommen kann, daß Bekl. in Erfahrung gebracht, es seien überhaupt Passivposten der fragl. Art, deren Existenz bei der Aufforderung zur Actienzeichnung und Constituirung der Actiensocietät verschwiegen worden, zu dieser Zeit in beachtenswerthem Betrage vorhanden gewesen, indem er in der solchergestalt, wenn auch nur im Allgemeinen, erlangten Kunde von der gegen die Actionäre verübten Täuschung eine ausreichende Veranlassung finden mußte, Schritte, die eine Anerkennung der Gesellschaft involvirten, so lange zu unterlassen, bis er sich — erforderlichenfalls nach einzuziehender näherer Erkundigung — darüber schlüssig gemacht, ob er zur Rescission des Gesellschaftsvertrags [41] schreiten wolle oder nicht.

β. Es steht durch ausdrückliches Zugeständniß des Bekl. fest, daß er nicht allein bis zur Insolvenzerklärung der Hammonia alljährlich die Zinsen seines Einschusses mit 5 Procent bezogen, sondern auch im Jahre 1854 für die von ihm gezeichnete Actie Nr. 37 vier kleinere Actien erhalten hat. Dieses sind Handlungen, durch welche Bekl. die Gesellschaft als zu Recht bestehend wiederholt positiv anerkannt und sich als Actionär an den Vortheilen des Unternehmens

betheiligt hat, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß er durch dieselben, wenn sie im Bewußtsein der bei Begründung der Actiengesellschaft verübten Arglist vorgenommen sind, auf die aus solcher gegen die rechtliche Existenz der Gesellschaft zu entnehmende Einrede verzichtet hat.

Es kann dem Allen nach die Kl. eine weitere Beweispflicht [42] nicht treffen, als daß Bekl. von den fragl. bei Constituirung der Actiensocietät verschwiegenen Schuldposten so zeitig Kunde erlangt, daß die unter β. erwähnten Anerkennungshandlungen oder doch einzelne derselben in die Zeit nach erlangter Kunde fallen....

---

## 437B. Hammonia w. Riesland, 26. Sept. 1864. H466Z.

1) Wenn bewiesen ist, daß ein Actionär den Rechenschaftsbericht seiner Gesellschaft empfangen hat, so wird bis auf Weiteres seine Kenntniß von dessen Inhalt angenommen; zumal dann, wenn der Actionär zugleich Agent der Gesellschaft war.

2) Ein Copiebuch enthält wie Handelsbücher überhaupt halben Beweis, und die Beweiskraft wird durch in den Originalbriefen sich findende Abweichungen geschwächt.

3) Dem Lüb. Proceßrecht ist das Institut besseren Beweises fremd.

I. Bekl. fordert mit seiner Adhäsionsbeschwerde, daß der von den Kl. unternommene Urkundenbeweis für gänzlich verfehlt erklärt [2] werde. Gegen die Statthaftigkeit dieser Beschwerde waltet kein Bedenken ob; sie ist aber unbegründet. Der Bekl. bestreitet nicht, daß... aus dem Rechenschaftsberichte pro 1851 die Existenz der in dem Beweissatze bezeichneten Passivposten zu entnehmen war; er glaubt aber:

A. der Beweis, daß er jenen Rechenschaftsbericht empfangen, genüge nicht, um zu der Annahme zu gelangen, daß er Kenntniß von dessen Inhalte erlangt habe, und

folgert hieraus, daß die Beweisantretung, weil nur auf jenen Empfang und nicht auf die Kenntniß selbst gerichtet, als irrelevant verworfen werden müsse. Nun ist allerdings richtig, daß es, nach dem ... [3] Beweisthema, nicht genügt, wenn Kl. beweisen, daß die Direction der Hammonia das Ihrige gethan, um den Bekl. von der Existenz der fraglichen Passivposten in Kenntniß zu setzen, sondern daß es auf die Erlangung dieser Kenntniß auf Seiten des Bekl. ankommt. Darum war es aber noch nicht erforderlich, den Beweis direct auf das Beweisthema zu richten. Es genügt vielmehr — wie überhaupt bei inneren Thatsachen — wenn Umstände dargethan werden, die einen sicheren Schluß auf die zu erweisende Kenntniß zulassen. Als ein solcher Umstand aber muß — jedenfalls wenigstens bis zu dem hier gar nicht versuchten Beweise des Gegentheils — das Factum angesehen werden, daß dem Bekl. der fragliche Rechenschaftsbericht von der Direction wirklich zugestellt worden ist. Die Berücksichtigung der allerdings nicht hinwegzuleugnenden Möglichkeit, daß der Bericht [4] gleichwohl ungelesen geblieben, oder doch nicht mit solcher Aufmerksamkeit gelesen worden, um daraus die betreffende Kunde zu entnehmen, würde, wie die vorigen Richter mit Recht bemerken, die im Zweifel unzulässige Annahme einer unverständigen und pflichtwidrigen Handlungsweise enthalten. Es handelt sich hier um das Verhältniß zweier Personen, welche in einem Contractsverhältnisse stehen und mithin für ihre Versehen haften. Die Ignorirung einer Zusendung der hier in Frage stehenden Art von Seiten eines Actionärs würde aber eine grobe Nachlässigkeit involviren, vollends wenn derselbe, wie der Bekl., Kaufmann ist, dessen Stellung es mit sich bringt, mit wichtigen Documenten zu verkehren und die über Geschäfte, bei welchen er betheiligt ist, erstatteten Berichte einer genauen Prüfung zu unterziehen. Von der gleichzeitigen Eigenschaft des Bekl. als Agenten der Hammonia ließe sich hiernach ganz absehen. Es muß aber den [5] vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß auch diese Eigenschaft in Betracht kommt. Denn wenngleich Bekl. lediglich als Actionär belangt ist, so kann doch für die Frage, ob er

Kenntniß von den fraglichen Passivposten erhalten hat, darauf, ob ihm in jener oder in einer andern Eigenschaft diese Kenntniß geworden, Nichts ankommen. Würde ihm aber der Beweis, daß er als Agent die fragliche Kunde erhalten, entgegenstehen, so muß auch dem Beweise, daß er in dieser Eigenschaft in die Lage versetzt worden, der Kenntniß ohne grobes Verschulden nicht entbehren zu können, die gleiche Bedeutung zukommen. Daß aber der Agent verpflichtet ist, sich über den Stand der Gesellschaftsangelegenheiten durch Studium der ihm zugehenden Rechenschaftsberichte zu belehren, kann keinem Zweifel unterliegen...

2) Die A.-Beschwerden der Kl. erscheinen ebenfalls unbegründet.

A. Anlangend die 1 u. 3. Beschwerde, daß der Beweis der Kl. nicht für vollständig oder doch eventuell bis zum Erfüllungseide erbracht erklärt worden, so kommt als Beweismittel ...lediglich der Auszug aus dem Copiebuche der Hammonia, bzw. der von dem Bekl. producirte Originalbrief in Betracht. Nach dem gedachten Auszug findet sich auf Fol. 4104ª des Copiebuchs die Abschrift eines an sämmtliche Agenten der Gesellschaft zu erlassenden Circulars eingetragen, und ist, nach Fol. 4129, dieses Circular am 12. November 1852 an den Bekl. abgesandt worden. Zugleich enthält das Copiebuch bei der Adresse des Bekl. ein Verzeichniß angeblich mitgesandter Drucksachen und unter diesen „1 Rechenschaftsbericht," womit — wie man den Klägern zugeben kann — nicht wohl ein anderer gemeint [8] sein wird, als eben der Rechenschaftsbericht pro 1851, woraus die Existenz der in Frage stehenden Passiva zu entnehmen war. Kl. sind nun der Ansicht, daß, da der Empfang jenes Circulars abseiten des Bekl. durch dessen Brief in Anl. Nr. 25, sein jetziges Eingeständniß und die von ihm selbst bewirkte Vorlage des Originalschreibens in Anl. R. feststehe, derselbe auch einen Theil der fraglichen Drucksachen miterhalten zu haben nicht leugne, die erfolgte Mitabsendung und der Empfang jenes Rechenschaftsberichts nicht bezweifelt werden könne. Ob und wie weit jenem Buchauszuge formelle Glaubwürdigkeit zukommt, kann dahin gestellt bleiben. Derselbe beweist keinen-

falls mehr, als das Copiebuch selbst. Unterliegt es daher auch keinem Bedenken, mit den vorigen Richtern anzunehmen, daß einem derartigen Buche im Allgemeinen die Beweiskraft eines Handelsbuches zukomme, so könnte man immer nicht zu [9] vollem, sondern höchstens zu halbem Beweise gelangen. Die Gründe, weshalb Kl. für das Copiebuch der Hammonia im vorliegenden Falle eine höhere als die gewöhnliche Beweiskraft in Anspruch nehmen, können für zutreffend nicht erachtet, es muß vielmehr umgekehrt den vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß die Beweiskraft jenes Buches durch den von dem Bekl. vorgelegten Originalbrief erheblich geschwächt sei. Zunächst involvirt der Umstand, daß die Einträge des Copiebuchs in einem gewissen Umfange sich als richtig bewährt haben, nur die Abwesenheit eines Mangels, verleiht demselben aber keineswegs eine erhöhte Beweiskraft in Betreff solcher Punkte, die anderweit nicht bestätigt, sondern nur durch das Buch zu erweisen sind. Sodann aber ergiebt eine Vergleichung der Bucheinträge mit dem zu den Acten gebrachten Originalbriefe keineswegs eine volle [10] Uebereinstimmung beider, sondern erhebliche Abweichungen. Während nämlich

1) nach dem Absendungsvermerke auf Fol. 4129 des Copiebuchs angenommen werden muß, daß das auf Fol. 4104ᵃ eingetragene Circular ganz so, wie es hier steht, an den Bekl. geschickt worden, ergiebt sich aus Anl. R., daß dem wirklich abgesandten Briefe eine Nachschrift beigefügt ist, über welche das Copiebuch keinerlei Auskunft giebt. Dagegen fehlt

2) unter dem Originalbriefe das Verzeichniß der mitgesandten Drucksachen, welches sich auf Fol. 4129 des Copiebuchs unter der Adresse des Bekl. findet. Kläger behaupten nun freilich, dieses Verzeichniß gebe sich gar nicht als die Copie einer unter dem Briefe selbst befindlichen Notiz, sondern enthalte eine selbstständige Registratur, welcher gleiche Beweiskraft zukomme, wie den in das Buch eingetragenen Abschriften. Allein dies stimmt [11] nicht zu den Eingangsworten des Briefes: „Mit unseren ergebenen heutigen Zeilen übersenden wir Ihnen die unten specificirten Drucksachen" ꝛc.

Danach kann man vielmehr nur annehmen, daß das im Copiebuche bei der Adresse des Bekl. sich findende Verzeichniß eben die Specification sein soll, welche auf dem Briefe selbst, wenn Alles in Ordnung ging, beigefügt sein mußte, hier aber fehlt. — Aus diesen Abweichungen ergiebt sich nicht nur im Allgemeinen, daß das Copiebuch nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und Correctheit geführt ist, sondern sie sind auch speciell für den hier in Frage stehenden Beweis von größter Erheblichkeit. Der Ausfertiger des Briefes vom 12. November 1852, welcher in dem Originale die Beifügung der Specification und in der Copie die Abschrift des Zusatzes unterließ, konnte eben so leicht die [12] Beifügung des Rechenschaftsberichts in dem die Drucksachen enthaltenden Paquet vergessen. Der Bekl. aber war in Ermangelung der in dem Briefe verheißenen Specification, und da der Context auf einen mit dem Briefe zu erhaltenden Rechenschaftsbericht nicht hinwies, überall nicht in der Lage, wegen Nichtbeiliegens eines solchen reclamiren zu können, und es greift daher der sonst wohl zulässige Schluß aus dem Stillschweigen auf den Empfang gegen ihn nicht Platz. Daß bei so bewandten Dingen der Beweis durch das Copiebuch auch nicht einmal bis zum Erfüllungseide für erbracht angesehen werden kann, leuchtet ein.

B. Anlangend die 2. Beschwerde, daß nicht auf vollständigeren Beweis erkannt worden, so ist dem lübischen Processe das Institut der nachzulassenden besseren Beweisführung fremd, und kann es sich daher nur fragen, was auch wohl nur den eigentlichen Gegenstand der Beschwerde bildet, ob, behufs Ausführung des in den NG.-Acten bereits angetretenen Beweises, dermalen auf Vorlegung des Copiebuches im Original zu erkennen sei. Dem würde ein formelles Hinderniß nicht entgegenstehen, da in der Production einer „Abschrift", mit welcher der Beweis angetreten werden solle, zugleich eine eventuelle Bezugnahme auf das Original gefunden werden kann. Allein nach den Bemerkungen unter A. ist es klar, daß auch durch das vorzulegende Original des Copiebuches der Beweis weder vollständig, noch auch bis zum Erfüllungseide sich würde liefern lassen.

C. Die vierte Beschwerde, daß der dem Bekl. zugeschobene Eid auf den Empfang des betreffenden Rechenschaftsberichts im November 1852 beschränkt worden, ist ebenfalls verwerflich. Nach der Art und Weise, wie die Eidesdelation über diesen Punkt in der klägerischen Beweisantretung subsidiär zur Hand [14] genommen worden, bildete nur eben das den Gegenstand derselben, was Kl. zunächst durch den Auszug aus dem Copiebuche darzuthun gedachte: daß nämlich dem betreffenden Directorialschreiben der Rechenschaftsbericht pro 1851 beigefügt worden sei; es kann aber auch der Schluß aus dem Empfange des fraglichen Berichts auf die Kenntniß von dem Inhalte desselben nur dann für begründet erachtet werden, wenn derselbe dem Bekl. von der Direction mitgetheilt worden ist, da nur hiedurch, nicht aber durch ein sonstiges zufälliges In-Besitz-Bekommen, er in die Lage versetzt wurde, denselben lesen zu müssen, wenn er sich nicht dem Vorwurfe grober Negligenz aussetzen wollte. Wenn daher — wie es der Fall ist — eine Behauptung der Kl., daß bei irgend einer andern Gelegenheit, als bei Mittheilung des fraglichen Schreibens, dem Bekl. jener Bericht zugegangen, nicht vorliegt, [15] so sind dieselben auch dadurch nicht verletzt, daß das Eidesthema auf den November 1852, in welchem jener Brief abgesandt und vom Bekl. empfangen wurde, beschränkt worden ist.

---

## 438. Gundlach Wwe Koch & Co. Güterpfleger Bekl. w. Stresow & Sohn, 5. Sept. 1861.

Verpflichtung einer Handelsfrau für die Accepte ihres Procuristen.[1])

Erkenntniß des Obergerichts (I. F. zu Rostock).

I. Die Handlung C. F. Gundlach Wwe Koch & Co., gegenwärtig nach erklärter Insolvenz und eingeleitetem außergerichtlichem Administrationsverfahren durch die Appellanten

---

[1]) Vgl. auch Lübecker Wechsel-Jurisprudenz H. 14. u. L. $6_a$. Jetzt HGB. Art. 42. 47. A. 2.

als Administratoren der DM. vertreten, ist durch das angefochtene Erk. schuldig erkannt worden, infolge Accepts der von Ad. Dedicke in Riga auf dieselbe gezogenen domicilirten, im Domicil Mangels Zahlung protestirten Wechsel

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 1. dd. | 1/13. | Juni | 1860 | über | BM. | 3380 |
| 2. „ | 1/13. | „ | 1860 | „ | „ | 3000 |
| 3. „ | 4/16. | „ | 1860 | „ | „ | 3250 |
| 4. „ | 11/23. | „ | 1860 | „ | „ | 3650 |

die gedachten Wechselsummen mit BM. 13,280 nebst Zinsen, Ricambio- und Proceßkosten an den Kl. als Wechselinhaber zu bezahlen. Das Accept, auf welchem die Verurtheilung beruht, lautet bei sämmtlichen Wechseln:

„Angenommen
p. pr. C. Gundlach Wwe Koch & Co.
J. Stahl."

— — — — — — — — — — —

II. Kläger, welchem es oblag, die Wechselklage durch Darlegung der Befugniß des J. Stahl zur Vertretung der beklagten Firma zu begründen, legt zu diesem Zwecke den beklagterseits als richtig anerkannten Contract vom 25. April 1857 vor, durch welchen die alleinige Inhaberin der beklagten Firma, die Kauffrau Katharina Johanna geb. Tegtmeyer, weil. Kaufmanns Paul Hermann Lau Wittwe, den J. Stahl auf fünf Jahre, vom 1. Mai 1857 an, (§. 9) zum „Geschäftsführer" ihrer Handlung (§. 1) bestellt hat, unter Festsetzung des Betriebscapitals auf CtM. 15000 (§. 3.) und mit der Bestimmung, daß das Geschäft seinem bisherigen Umfange gemäß mit Ausschluß aller gewagten Geschäfte auf die Russische Speditionshandlung u. w. d. a. beschränkt bleiben solle. (§. 2.) [3] Nach Maßgabe dieses Vertrags kann die Befugniß des J. Stahl, für die beklagte Firma Wechselverbindlichkeiten einzugehen, nicht in Zweifel gezogen werden, wenn man von den in §§. 2 und 3 beigefügten Einschränkungen der Geschäftsführung absieht. Die Bekl. stellt zwar die Behauptung auf, durch den Vertrag vom 25. April 1857 sei dem J. Stahl die Procura nicht übertragen, sondern ihm nur die Stellung eines Commis ohne das Recht der Firmirung und Zeichnung eingeräumt worden,

welche Stellung auch der unmittelbare Vorgänger des Stahl, der jetzige Kaufmann Heinrich Benthien in Lübeck, von 1854 bis 1857 eingenommen habe. Diese Behauptung wird aber weder dadurch gerechtfertigt, daß der Contract der Ausdrücke, Procura, Procurist sich nicht bedient und das Recht, die Firma zu zeichnen, nicht ausdrücklich einräumt, noch durch dasjenige, was über die Stellung des Vorgängers des Stahl angeführt wird, noch endlich dadurch, daß der Art. 4. des lüb. G. v. 28. April 1849 die Geschäftsfirmen, Handlungsprocuren ꝛc. betreffend, nicht zur Anwendung gekommen ist. — Entsprächen die Bestimmungen des Entw. eines Allg. D. Handelsgesetzbuches Buch 1, Tit. 5. (dritter Lesung) dem gegenwärtigen Rechte, so würde freilich J. Stahl nicht als Procurist, sondern nur als ein zum [4] Eingehen von Wechselverbindlichkeiten ohne besondere Ermächtigung nach Art. 47 nicht berechtigter Handlungsbevollmächtigter anzusehen sein. Allein jene Bestimmungen bezwecken, dem Inhalt und der Terminologie nach, eine Neuerung, nicht eine Aufzeichnung des gegenwärtigen gemeinen Handelsrechts, nach welchem vielmehr die Ermächtigung zur Vertretung einer Firma in jeder Form geschehen kann, und die Gestattung, bei schriftlichen Geschäften die Firma mit einem das Vertretungsverhältniß andeutenden Zusatze zu zeichnen, von selbst in sich schließt. — Aus der Stellung des Vorgängers kann nicht gefolgert werden, daß dem Nachfolger J. Stahl dieselbe Stellung angewiesen werden sollte oder worden sei. Die Verabredung in §. 2, „das Geschäft wird in dem bisherigen Umfange fortbetrieben," betrifft nur den Gegenstand des Handelsgeschäftes, nicht die Stellung des Geschäftsführers zum Principal. Ueberdies erscheint das in Betreff des Vorgängers Behauptete schon wegen mangelnder Liquidität im Wechselproceß unbeachtlich. — Was endlich den Art. 4 des angezogenen lüb. G. betrifft, nach welchem Handlungs-Procuren auf der Senatskanzlei auszustellen oder doch im Original daselbst niederzulegen sind, so erhellt aus Art. 9 dess. G., daß diejenigen Procuren, bei welchen diese Vorschrift nicht befolgt worden ist, keineswegs ungültig sind, vielmehr den Ertheiler der Procura [5] gegenüber dem Procuristen und dritten Personen verpflichten.

Die Berufung der Bekl. auf einen hiervon abweichenden Handelsgebrauch erscheint aufgegeben, da die Beschwerdenschrift dieses im angefochtenen Erk. zurückgewiesene Vorbringen nicht weiter geltend macht. — Aus dem Contracte v. 25. April 1857 erhellt aber

1) daß J. Stahl innerhalb des ihm angewiesenen Geschäftskreises berechtigt sein sollte, die Firma nach eigenem Ermessen zu obligiren. Indem die Inhaberin derselben nur für solche Handlungen, welche von jenem Geschäftskreis ausgeschlossen bleiben sollten, namentlich für gewagte Geschäfte, sich in §. 2 die jedesmalige und ausdrückliche Genehmigung vorbehielt, genehmigte sie die übrigen Handlungen im Voraus und im Allgemeinen. Indem sie in §. 3 dem Stahl eine gewisse Summe als Betriebscapital mit der Bestimmung anwies, daß er über diese Summe hinaus ohne ihre specielle Genehmigung sie überall nicht verpflichten dürfe, anerkannte sie unzweideutig seine Befugniß, innerhalb des angewiesenen Betriebscapitals für ihre Rechnung Verpflichtungen einzugehen. Die Bestimmung des §. 5, worin die Inhaberin der Firma, abgesehen von Fällen groben Verschuldens und von Ueberschreitungen der Contractsnormen, dem J. Stahl von aller Verbindlichkeit für die von ihm als Geschäftsführer ihrer Handlung [6] vorzunehmenden Handlungen freispricht, und ihren Erben und Rechtsnachfolgern die Anfechtung derselben untersagt, wäre völlig überflüssig, wenn Stahl verpflichtet gewesen wäre, zu den einzugehenden Verpflichtungen die jedesmalige Zustimmung der Principalin einzuholen; sie wäre unter dieser Voraussetzung nicht einmal verständlich, weil dann von Verschulden und Contractsüberschreitungen des Stahl nicht die Rede sein könnte.

2) Daß von der Ermächtigung des Stahl innerhalb des ihm angewiesenen Wirkungskreises die beklagte Firma zu obligiren, keine Klasse von Verpflichtungen, insbesondere nicht die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, ausgenommen worden ist. Namentlich folgt aus der Beschränkung auf die Speditions*handlung* noch keineswegs die Einschränkung der Vertretungsbefugniß auf Speditions*verträge*. Vielmehr erscheint Stahl durch seine Bestellung zum Geschäfts-

führer dieser Handlung ermächtigt zu allen Rechtsgeschäften, welche das Speditionsgeschäft mit sich bringt. Daß aber auch bei einer Speditionshandlung zur Leistung oder Einziehung auf Speditionsgeschäfte bezüglicher Zahlungen die Ausstellung, Weiterbegebung oder Annahme von Wechseln vorkommen kann, bedarf keiner Ausführung. Die Befugniß, solche Wechselgeschäfte nach eigenem Ermessen zu schließen, kann dem J. Stahl um so weniger abgesprochen werden, als der Vertrag [7] in §. 2 den Gegenstand des von ihm zu führenden Geschäfts als „die Russische Speditionshandlung u. w. d. a." bezeichnet, indem der Zusatz „und was dem anhängt" einer stricten Einschränkung seiner Thätigkeit auf Speditionsverträge entgegensteht.

III. Muß aus diesen Gründen angenommen werden, daß J. Stahl im Allgemeinen befugt war, die bekl. Firma wechselmäßig zu verpflichten, so bleibt nur die Frage übrig, ob in Betreff der vorliegenden Wechselaccepte das Gegentheil anzunehmen sei, wenn, wie behauptet wird, dieselben auf das russische Speditionsgeschäft sich nicht beziehen, den Charakter gewagter Geschäfte haben und in Verbindung mit anderen von Stahl eingegangenen Verpflichtungen das Betriebscapital von 15,000 MCrt. übersteigen, mithin die in §. 2 und 3 des Vertrags vom 27. April 1857 der Vertretungsbefugniß des Geschäftsführers gesteckten Grenzen überschreiten. Da der Vertrag weder in Gemäßheit des §. 4 des Gesetzes vom 28. April 1849 zur öffentlichen Kunde gebracht, noch eine anderweite öffentliche Bekanntmachung desselben behauptet worden ist, so muß die bekl. Firma nach den Grundsätzen des gemeinen Handelsrechts über die Verpflichtung des Principals durch die Handlungen des Institor [8] es sich gefallen lassen, daß Dritten gegenüber der Umfang der Vertretungsbefugniß des J. Stahl nicht nach den ihm ertheilten Instructionen, sondern nach dem Zwecke und der Natur seiner Anstellung beurtheilt wird, es wäre denn, daß der betreffende Dritte die beschränkenden Instructionen kannte, oder doch rechtlich so anzusehen ist, als ob er sie gekannt hätte, weil er bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sich davon hätte Kenntniß verschaffen können. Dieser gemeinrechtliche Grund-

satz hat durch das angeführte lüb. Gesetz keine Aenderung erlitten. Wenn daselbst Art. 9 bestimmt wird, daß im Falle einer nicht auf der Senatskanzlei ausgestellten oder hinterlegten, daher auch nicht von Kanzleiwegen zur öffentlichen Kenntniß gebrachten Procura der Ertheiler dritten Personen gegenüber „für alle innerhalb der Grenzen des ertheilten Auftrags von seinem Procuristen oder Bevollmächtigten vollzogenen Handlungen" verpflichtet sei, so kann dieser Bestimmung nicht der Sinn unterlegt werden, als sollte unter allen Umständen der wirklich ertheilte Auftrag auch dem Dritten gegenüber für die Verpflichtung des Principals entscheidend sein. Indem Art. 9 den bei Nichtbefolgung des Art. 4 eintretenden Rechtsnachtheil dahin bestimmt, daß der Ertheiler der Procura durch die [9] Handlungen seiner Procuristen zwar verpflichtet werde, nicht aber gerichtlich verfolgbare Rechte erwerbe, lag keine Veranlassung vor, den Umfang seiner Verpflichtung vom früheren Rechte abweichend zu regeln, am wenigsten den Umfang derselben einzuschränken. Demnach ist der Art. 9 dahin zu verstehen, daß der Ertheiler der Procura für diejenigen Handlungen seines Procuristen verpflichtet erscheint, welche der Letztere innerhalb der wirklichen oder von dem Dritten zu präsumirenden Grenzen des ihm ertheilten Auftrags vornimmt. — Zieht man nun in Betracht, daß die Inhaberin der bekl. Firma, eine betagte, außerhalb der Ringmauer der Stadt wohnende und während der Geschäftszeit in ihrem Comptoir nicht anwesende Frau bei dem Betrieb ihres Handlungsgeschäfts einer allgemeinen Vertretung bedurfte, daß ferner in den letzten Jahren außer Stahl Niemand in ihrem Comptoir beschäftigt, und Letzterem die Eigenschaft eines „Geschäftsführers" der Handlung beigelegt war, so ist der Behauptung des Kl. beizupflichten, daß das kaufmännische Publikum aus den Umständen der Anstellung des Stahl auf das Vorhandensein beschränkender Instructionen nicht schließen konnte, sondern eine allgemeine Procura voraussetzen durfte. [10] Was aber die Frage betrifft, ob das Handlungshaus Stresow & Sohn in Riga, dessen Rechte Kl. gemäß §. 16 Abs. 2 der Wechsel-O. geltend macht, die beschränkenden

Instructionen gekannt habe oder durch Erkundigung hätte in Erfahrung bringen können, so führt bekl. Handlung selbst an, daß Kl. bei Annahme der Wechsel den Contract vom 25. April 1857 noch nicht gekannt, sondern denselben erst kurz vor Anstellung der Klage von Stahl ausgeliefert erhalten haben; sie behauptet dagegen, daß die Kl. sich nicht mit der erforderlichen Sorgfalt nach den Befugnissen des Stahl erkundigt haben. Diese Behauptung ist ungegründet. Wie im Handelsverkehr überhaupt auf Treu und Glauben gehandelt wird, so durfte auch der Inhaber der vorliegenden Wechsel nach Empfang der von Stahl p. pr. acceptirten Prima unter gewöhnlichen Umständen sich bei diesem Accept beruhigen, ohne Vorlage der Procura zu fordern oder eine Rückfrage an den Principal zu richten. Zu einer solchen, Mißtrauen bekundenden, daher von der Bekl. mit Recht gehässig genannten und im gewöhnlichen Handelsverkehr ungebräuchlichen Erkundigung konnte auch ein sorgsamer Geschäftsmann [11] sich nur dann veranlaßt finden, wenn besondere Umstände obwalteten, welche Zweifel oder Verdacht gegen die von Stahl ausgeübte Vertretung der beklagten Firma erregten. In dem vorliegenden Falle sind solche besondere Umstände durchaus nicht ersichtlich. Die Existenz einer allgemeinen, auch Wechselverbindlichkeiten umfassenden Procura konnte an sich, zumal bei einer Kauffrau, nicht auffallen. Unverdächtig war die Form der Accepte, welchen der Stempel der beklagten Firma beigedruckt ist. Auch bei Einholung der Accepte hat keine Unregelmäßigkeit stattgefunden, indem der Wechsel über 3650 M. dem Handlungshause Platzmann & Söhne in Lübeck zur Besorgung des Accepts eingesandt und von diesem in üblicher Weise durch einen Lehrling am Comptoir der beklagten Firma zur Annahme präsentirt, die übrigen Wechsel dagegen, namentlich der über 3250 M. ... von den Remittenten Stresow & Sohn der beklagten Firma direct zur Acceptation eingesandt worden sind. Wenn in früheren Fällen, insbesondere bei dem ... vorgelegten durch Vermittelung von Platzmann & Söhne acceptirten Wechsel die Annahme durch die Inhaberin der Firma erfolgt ist, so gab dieser Umstand, [12] auch wenn er Kl. bekannt gewesen sein sollte, keinen

Grund ab, die Befugniß des Stahl zum Acceptiren in Zweifel zu ziehen, da die persönliche Bewirkung des Accepts durch die Inhaberin der Firma auch durch andere Gründe veranlaßt sein konnte.

IV. Die Verurtheilung der beklagten Handlung erscheint demnach gerechtfertigt, auch wenn der Annahme des angefochtenen Erkenntnisses, daß von Seiten der Inhaberin der beklagten Firma die Accepte ratihabirt worden seien, nicht beigepflichtet werden kann.

Unerheblich, ohnehin erst in zweiter I. vorgebracht und thatsächlich nicht genügend begründet ist die Behauptung der Bekl., daß J. Stahl durch Acceptation der vorliegenden Wechsel sich eines dolosen Verfahrens schuldig gemacht habe; denn auch durch eine dolose Ueberschreitung der Vollmacht von Seiten des Institor wird, wie l. 11. §. 4. D. de inst. act. 14, 3. beweist, Dritten gegenüber die sonst begründete Verbindlichkeit des Principals aus der Handlung des Institor [13] nicht ausgeschlossen.

---

Die Appellation der Curatoren an das OAG. ward am 20. Febr. 1862 für erledigt erklärt, da Parteien die Anzeige gemacht hatten, daß Kl. ihre Klage zurückgezogen hätten.

---

## 439. Görtz w. Pflüg jr., 24. Febr. 1862. G213V.

1) Die Unterschrift „X. (Personenname), Associé von Y. (Name einer Firma)," unter einer Urkunde, z. B. einem Wechsel, verpflichtet zunächst den Aussteller, nicht die Handelsgesellschaft, deren Theilnehmer der Aussteller ist, da es unklar ist, ob der Beisatz als Titel des X. zur Hebung seines persönlichen Credits rc. oder in der Absicht beigefügt ward, um die Gesellschaft zu verbinden.

2) Aus einem Wechsel mit der Unterschrift „X. (Personenname), Associé von Y. (Name der Firma)," findet keine Wechselklage wider die Firma statt, wegen Ungewißheit, ob der Aus-

steller sich persönlich oder die Handelsgesellschaft, welcher er angehörte, verbinden wollte.

Beiden vorigen Urtheilen muß darin beigepflichtet werden, daß die Unterschrift auf dem Solawechsel v. [2] 5. Sept. 1858, lautend

„F. Krickow,
Associé von G. T. Pflüg jr."

nicht geeignet sei, die unter der Firma „G. T. Pflüg jr." in Lübeck bestehende Weinhandlung zu verbinden. Sobald sich nämlich mehrere Personen zu einer offenen Handelsgesellschaft unter einer bestimmten Firma vereinigt haben, so sind sie dadurch übereingekommen, daß die für die Gesellschaft abzuschließenden Geschäfte mit dem Namen jener Firma gezeichnet werden solle. Denn der Zweck bei Annahme einer Firma geht dahin, durch den Gebrauch derselben die betreffenden Geschäfte als Geschäfte der Gesellschaft, im Gegensatz zu denen der einzelnen Gesellschafter, zu charakterisiren. Es [3] liegt also nur dann ein die Gesellschaft als solche bindendes Rechtsgeschäft ohne Weiteres vor, wenn der einzelne zur Führung der Firma berechtigte Gesellschafter sich des Gesellschaftsnamens beim Abschluß bedient hat, nicht aber dann, wenn er mit seinem Namen unterzeichnet, und nur hinzufügt, er stehe zu der Gesellschaft in dem Verhältniß als Associé. Denn eine etwaige Hinzufügung des Namens, von welchem die Unterschrift der Firma ausgegangen ist, vor wie nach derselben, ist nur dann ohne Einfluß auf die bindende Kraft des Geschäfts für die Gesellschaft, wenn unzweideutig erhellt, daß das betreffende Individuum als Gesellschafter gehandelt hat; wie dies zum Beispiel der Fall sein würde, wenn geschrieben wäre „als" oder „für" oder „in Firma X." Das ist aber nicht der Fall, wenn, wie hier [4] geschehen, dem Eigennamen nichts weiter als der Beisatz „Associé von X" gegeben ist. Denn ein solcher Beisatz kann sehr verschiedene Zwecke haben, er kann als eine Art von Titel gebraucht sein, er kann den eigenen Credit verstärken sollen; und er deutet durchaus nicht mit Nothwendigkeit darauf hin, es sei bei einem derartigen Zusatz beabsichtigt, daß das betreffende Geschäft für die Gesellschaft habe abgeschlossen werden sollen.

Diese Auffassung trifft aber in dem concreten Fall um so mehr zu, als G. T. Pflüg jr. nicht bloß der Name der Firma, sondern auch der Personenname des jetzigen Bekl. ist; es also ganz zweifelhaft erscheint, ob selbst nur der Name der Firma gebraucht werden sollte.

In diesem Sinne hat sich denn auch das OT. zu Berlin am 14. September 1854 im [5] Fall eines Acceptes ausgesprochen,

Kletke, Präjudicien Nr. 452.

und die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte sind bei der Ausstellung eines Wechsels, wie jeder sonstigen Schuldurkunde, entscheidend. Wenn der Kl. die Bezugnahme auf dieses Präjudiz für unzutreffend erklärt, so übersieht er, daß das, was von Abweichungen im Gebrauch der Firma ausgesprochen ist, eben so wohl zutrifft, wenn die Unterschrift einen Beisatz hat, der es zweifelhaft macht, zu welchem Zweck der Name der Firma hinzugesetzt worden ist. — Wenn sich derselbe ferner auf

Thöl, Handelsrecht, B. 1. §. 38. Nr. 1.

[6] dafür bezieht, daß „die Nennung der Gesellschaft, der Gebrauch der Firma" genüge, so ist unbeachtet geblieben, daß sich gedachter Schriftsteller über einen Fall der vorliegenden Art, wo es zweifelhaft ist, zu welchem Zwecke die Firma dem Eigennamen beigefügt ward, überall nicht ausgesprochen hat. — Eben so wenig läßt sich dem Kl. in der Behauptung beipflichten, der Zweck des kaufmännischen Circulars sei lediglich die Bekanntmachung mit den Schriftzügen des Associés; sie geschieht eben so wohl, um die Handlungsfreunde mit dem von der Gesellschaft angenommenen Namen bekannt zu machen. Daß dies aber in dem vorliegenden Fall gehörig geschehen, [liegt erwiesen vor]. — Schließlich konnte auch die in v. I. von Kl. gebrauchte [7] Induction, Niemand zweifle daran, daß, wenn Meyer sich mit seinem Namen und dem Zusatz „Verwalter des X'schen Fideicommisses" oder „Güterpfleger im H'schen Concurse" unter einem Wechsel unterzeichne, die betreffenden Gütermassen und nicht Meyer persönlich verhaftet sei, und deshalb müsse bei einer Zeichnung der vorliegenden Art das Gleiche gelten, in keiner

Weise als entscheidend betrachtet werden, indem in diesen Fällen es völlig zweifellos ist, in welcher Eigenschaft die betreffende Person ihre Unterschrift gegeben hat. ....

---

## 440. Unv. Dose Bekl. w. v. Duhn, 14. Juni 1862. D166R.

Berechnung der AS. bei lebenslänglichen jährlichen Prästationen nach l. 68 D. ad leg. falcidiam 35, 2.

[3] Die der Beklagten von dem Kl. in dem Vergleich zugeführten Vortheile bestehen .... in einer ihr vom Kl. ein für allemal zu zahlenden Summe von 80 M. und dem gleichen alljährlich, so lange der Kl. lebt, zu empfangenden Betrage .... Da aber der Kl. am 20. Oct. 1860 auf Cassirung des Vergleichs geklagt hat, so ist die muthmaßliche Dauer der gedachten jährlichen Leistungen lediglich nach dem damaligen Lebensalter der Parteien und nach den auch in Beziehung auf die AS. zur Anwendung zu bringenden, in l. 68 pr. D. ad leg. falcidiam 35, 2 enthaltenen [4] gesetzlichen Präsumtionen der Lebensdauer zu bestimmen:

Köpper w. Ehefr. (H. S. B. 1. S. 153).
Pfeiffer, Prakt. Ausführungen. 6, S. 294.
Wetzel, System. S. 559. S. 2, 237.

Wenn nun gleich über das damalige Alter des Kl. die Acten Nichts ergeben, so steht doch durch das Eingeständniß der Bekl. gegen sie fest, daß sie am 4. October v. J. das 52. Lebensjahr vollendet, mithin zur Zeit der Anstellung der Klage im 51. Lebensjahre war, so daß also nach der gesetzlichen Regel, zufolge welcher sie nur neun Jahre lang die jährlichen Zahlungen zu erwarten hat, diese unter Zuziehung der ein- für allemal ihr versprochenen 80 M., im Ganzen [5] auf 800 M. zu berechnen sind... Diese Summe war aber nicht ausreichend, um mit Einschluß von dem Kl. aus verschiedenen Processen mit der Bekl. zu erstattender Kosten die AS. v. 1000 M. als vorhanden darzustellen, da der größte Theil derselben von dem Verzichte des Kl. nicht be-

rührt wird, indem dieselben nicht dem während des Rechtsstreits in Concurs gerathenen Kl., sondern seiner Concursmasse, gegen welche der Proceß von der damaligen Kl. fortgesetzt wurde, zuerkannt worden sind, mithin der jetzige Kl. gar [6] nicht befugt war, auf den Ersatz dieser Kosten irgend zu verzichten, sie also in dem Vergleiche nicht gemeint sein können.

---

## 441. Möller w. Frister Test.-Vollstr., 16. Juni 1862. M366W.

1) Das Armenrecht muß für jeden einzelnen Rechtsstreit besonders nachgesucht und begründet werden. rat. 2.

2) Die einfache Beschwerde ist unstatthaft, weil sie gegen eine auf Rechtsgründe gestützte Entscheidung gerichtet wäre. rat. 3.

---

## 442A. Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft (Riesland) w. Bohnhoff, 12. Juli 1862. M368V.

1) Restitution darf nur erkannt werden, wenn darum gebeten, und wenn der Gegner über die Bitte gehört ist. Diese Regel gilt nicht bloß bei processualischen Versäumungen.

2) Die Vorschrift der l. 2. C. de ann. exc. 7, 40. geht nur auf gesetzliche, nicht auf vertragsmäßige Verjährungsfristen.

3) Die Vorschrift der l. 2. C. de ann. exc. 7, 40. setzt eine wirkliche Verwahrung voraus.

4) Die Contractsbedingung der Anstellung einer vollständigen Klage kann durch ein Editionsgesuch nicht ersetzt werden.

5) Die Contractsbedingung der Anstellung einer vollständigen Klage in einem Feuerversicherungsvertrage fällt nicht hinweg, weil das Motiv zur Aufstellung der Bedingung für die

Gesellschaft in einem concreten Fall hinweggefallen ist.

6) Contractsfristen sind kein utile tempus.

7) Kein ohne gerechten Grund erfolgter Rechtsverlust darf Dem Vortheil bringen, von welchem die ungerechtfertigte Handlung, die ihn herbeiführte, ausgegangen ist.

8) Zum Begriff der ungerechtfertigten Handlung ist das Vorhandensein einer bösen Absicht bei Begehung derselben nicht erforderlich: Es genügt, daß dieselbe bei der Rechtsverfolgung hervortritt.

9) Wenn durch Verweigerung von für die Klagerhebung erforderlichen Urkunden, deren Herausgabe erst durch ein Editionsgesuch erzwungen werden muß, die für die Klagerhebung bedungene Frist verstrichen ist, so darf der durch die Weigerung herbeigeführte Zeitablauf zur Beseitigung der Klage nicht benutzt werden.

10) Ob eine Bedingung nur dann für erfüllt zu halten sei, wenn die Absicht dessen, welcher aus der Nichterfüllung Vortheil zieht, auf die Verhinderung der Erfüllung gerichtet ist (Savigny 3, 141. not. h.) — ist nicht entschieden.

11) Protokolle zwischen dem Versicherten und einem Agenten der Versicherungsgesellschaft über die Verluste bei einer Feuersbrunst sind gemeinschaftliche Urkunden, und deren Einsicht für Erhebung einer Klage wider die Gesellschaft Zwecks umsichtiger Fassung der Klage nothwendig.

Die Bekl. verlangt mittelst ihrer einzigen in [2] gegenw. J. aufgestellten Beschwerde in der Hauptsache die Herstellung des vor dem NG. am 20. Juli v. J. eröffneten U., durch welches der Kl. auf Grund des §. 17 der Policebedingungen (betreffend Klagerhebung binnen gewisser Frist bei Verlust des Anspruchs) mit seiner Klage, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, abgewiesen worden ist.

Da die aus dem gedachten §. entnommene Einrede der Verjährung nach Inhalt der Acten prima facie liquide ist, so kommt es nur auf eine Prüfung der zu deren Beseitigung geltend gemachten Momente an. Anlangend nun

1) den Gesichtspunkt der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welcher die vorigen Urtheilsverfasser (J. F. Halle) zu ihrer abändernden Entscheidung veranlaßt hat, so konnte [3] demselben nicht Folge gegeben werden. Denn es fehlt an einer Bitte um Restitution. Die Gründe zum v. U. nehmen an, dieselbe werde dadurch ersetzt, daß der Kl. fortwährend darauf gedrungen habe, die Klagverjährung dürfe ihm wegen des Hindernisses der Rechtsverfolgung nicht entgegenstehen, es sei daher gestattet, von richterlichen Amtswegen diesem Mangel abzuhelfen. Allein mit Recht wendet die Bekl. hiegegen ein, daß eine derartige Officialthätigkeit des in höherer J. erkennenden Richters unstattnehmig sei. Die Thätigkeit desselben ist auf eine Beurtheilung des von den Parteien in erster J. vorgelegten factischen Materials und der [4] von denselben in zulässiger Weise vorgebrachten neuen Thatumstände beschränkt. Die Restitution enthält die Herstellung eines verloren gegangenen rechtlichen Zustandes auf Grund von in den Rechten anerkannten Gründen der Billigkeit. Eine derartige Herstellung muß von der Partei bei dem Richter ausdrücklich nachgesucht werden,

Burchardi, Wiedereinsetzung i. d. vor. Stand. S. 421 —423.

und dieser hat nach vollständigem Gehör des Gegners

Martin, Bürgerl. Proc. 13. A. 1862. §. 296. not. d.

darüber zu erkennen. An beiden Voraussetzungen fehlt es, und auf den Einwand der Bekl., die Restitution sei abzuschlagen, weil der Kl. nicht sofort nach Ablauf der Präclusivfrist, nach der Edition oder wenigstens nach Einreichung der die Verjährungseinrede vorschützenden Vernehmlassung um Restitution gebeten habe, bei welchem übersehen ist, daß es sich hier nicht um eine processualische, sondern eine auf Vertrag beruhende Frist handelt, kommt es hienach so wenig an, wie auf die in j. J. geltend gemachte irrige Ansicht des Kl., einer ausdrücklichen Bitte um Restitution bedürfe es

nur bei processualischen Versäumungen, und auf die in letzter J. unstattnehmiger Weise eventuell gestellte Bitte um Restitution. Ebendaher bedurfte es auch keiner Beantwortung der Frage, ob sie nicht jedenfalls durch ihre [6] der Regel nach subsidiäre Natur in einem Falle beseitigt sei, wo, wie unter Nr. 7 auszuführen sein wird, eine anderweite Rechtshülfe möglich ist. — Sodann konnte

2) nicht angenommen werden, der Ablauf der im ang. §. 17 bedungenen Verjährungsfrist sei durch eine Protestation gehemmt worden. Abgesehen nämlich davon, daß

l. 2. C. de ann. exc. 7, 40.

verb. „constituta tempora“ und „sive triennii ꝛc.“ nur von gesetzlichen und nicht von vertragsmäßigen Verjährungsfristen handelt, so fehlt es... [7] an dem Erforderniß der eingelegten Verwahrung, indem weder in dem Editionsgesuch noch einer sonstigen Schrift irgend etwas Derartiges zu finden ist. — Daß ferner

3) das gedachte Editionsgesuch, welches die Vorbereitung zu der angestellten Klage enthält, nicht als Anstellung einer Klage, geschweige denn einer „vollständigen“ aufgefaßt werden darf, und hiedurch bereits der Vorschrift des §. 17 genügt sei, [ist völlig klar]... und wird daran auch Nichts geändert, weder durch Bezugnahme auf die in den edirten Protokollen gestellten und doch jedenfalls nur außergerichtlichen Anträge, noch durch die Rubricirung der Schriften im Editionsproceß, „Brandschadenvergütung, jetzt [8] Urkundenedition“... Auch war

5) dem Kläger nicht beizustimmen, wenn er aus dem Wegfall des Motivs für §. 17, dem Interesse der Gesellschaft, über ihre Mittel baldigst verfügen zu können, den Wegfall seines Inhalts ableitet. Mag es noch so klar gewesen sein, daß Klage werde erhoben werden, klare Contractsbedingungen werden durch den Wegfall des Motivs nicht alterirt. [9] Endlich konnte auch

6) die Ansicht, Contractsfristen seien als utile tempus aufzufassen, den Rechten für entsprechend nicht erachtet werden. — Anders dagegen verhält es sich

7) mit der Berufung des Kl. auf den durch die Wei-

gerung des Bekl., die oben erwähnten Protokolle herauszugeben, herbeigeführten Zeitaufwand. Es muß nämlich den Gründen zum v. U. darin beigepflichtet werden, daß die Gründe zum ersten U. mit Unrecht dem Editionsverfahren eine Bedeutung für die Anstellung einer „vollständigen" Klage abgesprochen haben. Vielmehr war der Kl. vollkommen befugt, seine Klaganstellung bis zur wirklichen, und zwar im vorliegenden Fall gerichtlich erzwungenen Edition der Protokolle zu verzögern. Die [10] hartnäckige Weigerung der Bekl. erscheint hiernach als eine ungerechtfertigte Handlung, deren nach Maßgabe des Vertrags, also rechtlich, eingetretene Wirkungen der Bekl. nicht zu Gute kommen dürfen. Denn es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß jeder ohne gerechten Grund erfolgte Rechtsverlust Demjenigen, von welchem die ungerechtfertigte Handlung, die ihn zur Folge gehabt hat, ausgegangen ist, nicht zum Vortheil gereichen soll, sondern in seiner Wirksamkeit gehemmt und aufgehoben werden muß. Die Formen für eine solche Hemmung und Aufhebung sind theils eine Condiction, theils die generelle Einrede bzw. Replik des dolus. Dieser besteht aber nicht in einer von Anfang an der ungerechtfertigten Handlung zum Grunde liegenden bösen Absicht, hier also darin, daß die Bekl. die Edition absichtlich verweigert hätte, um dadurch den Verlust des Klagerechts herbeizuführen, sondern er ist die Art des dolus, von welcher es in

l. 2. §. 5. D. de doli mali except. 44, 4.

heißt, etsi inter initia nihil dolo malo fecit attamen nunc petendo (excipiendo) facit dolose. Wenn also in dem vorliegenden Falle die Bekl. dem Anspruch des Kl. die Verjährungseinrede entgegengesetzt hat, so wird dieselbe durch die völlig liquide Replik des dolus beseitigt.

Bei dieser Auffassung konnte es unerörtert bleiben, ob und in wiefern die... betreffenden, von Bedingungen redenden Stellen des r. R. zu dem gleichen Ergebniß hätten führen müssen, oder ob mit Savigny, System 3, 141. Not. h. anzunehmen sei, daß nur eine auf [12] den Ausfall der Bedingung gerichtete Absicht die Fiction ihrer Erfüllung zur Folge habe. Denn von einer Bedingung im technischen

Sinne ist hier nicht die Rede, sondern nur von einer contractlichen Vereinbarung über die Abkürzung der Verjährungszeit, gegen deren Geltendmachung die liquide, dem generellen dolus entnommene Replik vollkommen ausreicht. Eine gleiche Entscheidung in einem ganz ähnlichen Fall findet sich bei

Bynkershoek, Quaestiones juris privati. L. IV, cap. 13. p. 632. 633. ed. Lugd. Bat. 1744.

Mußte sonach das v. U. bestätigt werden, so konnte auch der Umstand, daß die jetzige Entscheidung auf einem verschiedenen Grunde beruht, eine Vergleichung der Kosten gegenwärtiger J. um so weniger motiviren, als die Replik aus dem dolus materiell zum Resultat der Restitution [13] führt, und mit ihr auf derselben rechtlichen Anschauung beruht, daß dem Rechtsformalismus die Anerkennung zu versagen ist, sobald er mit den Grundsätzen des wahren Rechts in Widerspruch tritt. Vielmehr hat die Bekl. auch die Kosten gegenw. J. zu ersetzen und das Verfahren in der Sache selbst muß bei dem RG. seinen Fortgang haben.

---

## 442B. Magdeburger Feuer-Versicherungs-Gesellschaft w. Bohnhoff, 11. April 1864. M380V.

1) Ward die Frage der Declaration, wie Gebäude gebauet seien, mit „massiv" beantwortet, so ist es für die Gültigkeit des Versicherungsvertrages bedeutungslos, wenn ein Theil der Verbindungswand zwischen Hauptgebäude und Flügel aus Fachwerk aufgeführt war.

2) Ein Agent, welcher zum definitiven Abschluß von Versicherungen bevollmächtigt ist, und von dem zu Versichernden den Auftrag erhalten und ausgeführt hat, die Declaration auszufüllen, präjudicirt durch unrichtige Angaben der Gesellschaft und nicht dem Versicherten.

3) Die Vorschrift, binnen einer gewissen Frist eine beglaubigte Abschrift der über die

Untersuchung wegen Brandes aufgenommenen Verhandlungen dem Agenten einzureichen (alte Bed. d. Magd. Feuer-V.-G. §. 8. Litt. d.), bezieht sich nicht auf Fälle, in denen eine Untersuchung von Amtswegen eingeleitet worden ist.

4) Der zum Abschluß der Versicherung bevollmächtigte Agent hat das Recht, den Versicherten mit der Einreichung seiner Schadensrechnung ausdrücklich wie stillschweigend zu befristen; und nicht minder auf das für den Fall verspäteter Einreichung zu Gunsten der Gesellschaft angedrohte Präjudiz zu verzichten (alte Bed. d. Magd. F.-V.-G. §. 8. Litt. e. u. al. ult.).

5) Das Präjudiz in Bedingungen von F.-V.-G., welches den Verlust des Schadenersatzes androht, (a.) wenn der Versicherte in seiner Schadensrechnung Gegenstände als verbrannt oder abhanden gekommen angegeben hat, welche zur Zeit des Brandes nicht vorhanden waren, (b.) wenn er gerettete zur Versicherung gehörige Gegenstände nicht angiebt, (c.) wenn er die Gesellschaft durch übertriebene Angaben des Werthes der verlorenen oder beschädigten Gegenstände zu hintergehen sucht, (alte Bed. d. Magd. F.-V.-G. §. 12.) setzt in allen drei Fällen, und nicht bloß in dem dritten, die betrügerische Absicht des Versicherten als Fundament voraus. Wenn sie in den beiden ersten Fällen nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so geschah dies nur um deswillen, weil in gedachten Fällen der Regel nach aus der betreffenden Angabe oder Verschweigung die betrügerische Absicht hervorgeht. Das ist jedoch für die Fassung des Beweissatzes bedeutungslos.[1])

6) Haben beide Theile an den zweiten Richter appellirt, die Beschwerden des einen sind ver-

---

[1]) Vgl. jedoch Walte w. Riunione Adriatica, 29. Nov. 1862. S. 35—41. Nr. 446, 2.

worfen, denen des andern entsprochen, so muß wegen Wechsels der Erkenntnisse und wegen gedachter Verwerfung ein Theil der in zweiter I. erwachsenen Gesammtkosten verglichen werden.

7) Das OAG. läßt keine Frivolitätsstrafe eintreten, wenn das v. U. in einem auch noch so geringen Punkte abgeändert worden ist.

Die in der Hauptsache theils auf sofortige Abweisung des Klägers, theils auf Beseitigung der dem Kl. und der Bekl. [2] gemachten Beweisauflagen bzw. Abänderung des der Bekl. auferlegten Beweissatzes gerichteten fünf ersten Beschwerden der Bekl. mußten verworfen werden. Denn:

1) der Umstand, daß der Kl. in seinem Versicherungsantrage die vierte Frage, wie die zu dem Grundstück gehörigen Gebäude gebauet seien, mit „massiv!" beantwortet hat, bei dem Brande aber sich herausstellte, daß die Hinterwand des Wohnhauses im obern Stock da, wo dasselbe an den Flügel stößt, aus Fachwerk aufgeführt war, konnte schon an sich nicht für geeignet erachtet werden, die in Rede stehende Versicherung nach §. 4 der hier maßgebenden Bedingungen zu vernichten, weil jene Antwort sich, wenn nicht, bei Allgemeinheit der Frage, lediglich auf das Gebäude im Ganzen, doch wesentlich auf dessen Außenmauern

vgl. l. 23. D. de usuc. 41, 3.

[3] l. 23. §. 7. D. de r. v. 6, 1.

bezog, und jedenfalls der Hauptagent, welchem die Anfertigung der Beantwortung der in Rede stehenden Fragen von dem zu Versichernden überlassen war, die Nichtberücksichtigung jenes Umstandes sich selbst und somit der Gesellschaft, welche er vertritt, beizumessen hat. Denn wenngleich der Hauptagent bei gedachter Anfertigung als Vertreter des zu Versichernden angesehen werden muß, so erlangt er doch die Kunde der hier erheblichen Thatsachen zugleich in seiner Eigenschaft als Vertreter der Gesellschaft, und die wirkliche oder zu fingirende Kenntniß des Bevollmächtigten von der Unrichtigkeit einer auf die Fragen ertheilten Antwort benimmt derselben ihre Bedeutung für die Vernichtung des Versicherungsvertrages. Daß aber der Hauptagent als [4] Bevoll-

mächtigter und nicht als reiner Colporteur für Versicherungsanträge der Gesellschaft anzusehen ist, ergiebt sich daraus, daß er die Befugniß hat, die Versicherungsverträge definitiv abzuschließen. Eben so wenig konnte

2) das Recht des Kl. auf Schadensersatz um deswillen als verwirkt angesehen werden, weil die Vorschrift des §. 8 Nr. d. der Versicherungsbedingungen, wonach der Versicherte binnen 14 Tagen (offenbar, in Beihalt von Nr. b., „nach eingetretenem Feuerschaden") beglaubigte Abschrift der über die Untersuchung aufgenommenen polizeilichen oder gerichtlichen Verhandlungen dem Agenten zu behändigen hat, von dem Kl. nicht befolgt ist. Denn die gedachte Vorschrift läßt sich nur von einem Falle verstehen, welcher daselbst unter Nr. c. aufgeführt ist. Hiernach muß der Versicherte binnen drei Tagen nach eingetretenem [5] Feuerschaden über die muthmaßliche Entstehung des Feuers und alle dasselbe betreffenden Umstände sich vor seiner Ortspolizeibehörde vernehmen lassen. Es wird hier also ein Fall vorausgesetzt, in welchem sich die Obrigkeit nicht veranlaßt gefunden hat, von Amtswegen eine Untersuchung einzuleiten. Um dies zu constatiren, wird dem Versicherten aufgegeben, seine Vernehmung binnen jener kurzen Frist zu veranlassen, und solchergestalt die betreffende Behörde zu nöthigen, den Grund des Feuers actenmäßig zu machen, damit die Gesellschaft auf diesem Wege über das Sachverhältniß gehörig orientirt werde. Wollte man dieses Verständniß der Nr. c. und d. nicht annehmen, so würde die letzte Bestimmung in den Fällen, wo eine weitere Untersuchung über den Anlaß der Feuersbrunst nothwendig geworden ist, entweder bedeutungslos oder die Quelle von Chicanen werden. Es ist [6] nämlich ein bekanntes Princip des gem. deutsch. Criminalprocesses, daß eine Einsicht der Untersuchungsacten vor dem Schluß der Untersuchung dem Angeschuldigten wie seinem Vertheidiger nicht gestattet wird, von Ertheilung einer Abschrift ist daher noch viel weniger die Rede. Da nun Untersuchungen wegen Brandstiftungen nur in seltenen Fällen in 14 Tagen geschlossen werden, so läßt sich von der Bitte um Ertheilung von Abschriften der Regel nach kein Erfolg erwarten, und

die Befolgung der Vorschrift ist alsdann unmöglich. Das Verlangen ihrer Einhaltung in allen Fällen könnte daher nur den Zweck haben, den Versicherten unter allen Umständen in Händen zu behalten, m. a. W. die Bezahlung der Versicherungssumme dem Ermessen der Gesellschaft anheim zu stellen. Eine derartige Erklärung aber wird zu vermeiden sein, da sie den Versicherungsvertrag annulliren würde, indem jeder [7] Vertrag ungültig ist, dessen Erfüllung rein der Willkür des einen Contrahenten anheim gestellt ist. Auch läßt sich dagegen nicht etwa einwenden, der Versicherte habe jedenfalls den Versuch machen müssen, die Abschrift zu erhalten, und sei im Nichtsgewährungsfall verpflichtet gewesen, bei der Gesellschaft um Befristung nachzusuchen. Da nirgends gesagt ist, daß die Gesellschaft in einem derartigen Fall befristen müsse, so würde dem Kl. hiermit nicht geholfen, und das Präjudiz, welches auf die Nichtbefolgung von Nr. d. gesetzt ist, abgewendet werden. Ein Antrag aber, dessen Erfolglosigkeit auf der Hand liegt, konnte ohne Nachtheil unterlassen werden.

3) Auch das Verlangen der Bekl., welches auf die Aufhebung der dritten dem Kl. in v. I. (von der I. F. Heidelberg) auferlegten Beweisalternative, betreffend die Replik des Verzichtes, gerichtet ist, mußte, und [8] zwar um deswillen verworfen werden, weil mittelst dieser Auflage bereits zu günstig für die Bekl. erkannt worden ist, indem vielmehr auf Grund der ersten von dem Kl. in v. I. erhobenen Beschwerde die demselben im ersten Urtheil auferlegten Beweisalternativen zu beseitigen und nicht überdies mit einer dritten zu vermehren gewesen wären. Zwar steht es fest, daß durch die erst am 22. Juni 1860 erfolgte Einreichung der Schadensrechnung an sich gegen die Vorschrift des §. 8. Nr. e. verstoßen ward, indem die desfallsige Frist am 19. ablief, und das am 10. Juni abermals erfolgte Auflodern des Brandes für die Fristberechnung nicht in Betracht kommt. Der Vertreter der Ges. würde daher, falls er nicht früher den Versicherten befristet haben sollte, berechtigt gewesen sein, die Einreichung zurückzuweisen, und auf Grund von §. 8. al. ult. [9] dem Versicherten zu erklären, daß er sich seines Rechtes auf Schadenersatz verlustig gemacht habe. Wenn er statt dessen

ohne allen Vorbehalt die Rechnung entgegennahm, wenn dieselbe ferner während mehrerer Tage als Grundlage ausführlicher Verhandlungen über die Berechnung des Schadens zwischen dem Versicherten und dem Hauptagenten nebst Inspector der Ges. gedient hat, denen zufolge eine Berichtigung einer Reihe von Posten stattgefunden hat, und eine Ueberweisung der auf der verschlossenen Brandstätte gefundenen Rudera des versicherlen Mobiliars nach Auslieferung der Schlüssel eingetreten ist, wenn endlich, nachdem solchergestalt die Größe des Schadens, den der Versicherte in Anspruch nimmt, festgestellt, und das Protokoll von den drei Paciscenten, und zwar von den Vertretern der Ges. abermals ohne jede Hinweisung auf das [10] Präjudiz des §. 8 Nr. e. u. al. ult. unterschrieben ward; und nunmehr am folgenden Tage, wo der Versicherte die Genehmigung der ausgemittelten Summe erwartete, der Inspector mit einem Vergleichsvorschlag wegen Uebervortheilung der Ges. und mit der Erklärung hervortrat, die Ges. sei wegen verspäteter Einreichung der Rechnung von der Verpflichtung, Schadenersatz zu leisten, gänzlich frei, so konnte der letzteren, vom sittlichen Standpunkte aus mit Entschiedenheit zu mißbilligenden, jedoch gegenwärtig von Neuem geltend gemachten Auffassung auch vom rechtlichen Standpunkte aus nicht beigetreten werden. Denn die hervorgehobenen Momente weisen unzweideutig darauf hin, daß es die Absicht der Vertreter der Ges. gewesen sein muß, unter den vorliegenden Umständen, namentlich bei der Verletzung des Versicherten an der rechten Hand in Folge des Brandes, [11] demselben bei Ablauf der zur Einreichung gesetzten Frist stillschweigend eine Verlängerung zuzugestehen, und haben jedenfalls durch die zugelegten Verhandlungen zu erkennen gegeben, daß sie von dem Recht, das gedachte Präjudiz geltend zu machen, keinen Gebrauch machen wollten. Daß aber der zum Abschluß der Versicherungen bevollmächtigte Hauptagent zu einer Fristertheilung bzw. Verzicht der vorliegenden Art befugt sei, bedarf eben so wenig einer Auseinandersetzung, wie, daß die in der Klagschrift gelieferte Darstellung bereits ein ausreichen-

des Material zur Beseitigung des aus §. 8. Nr. e entnommenen Einwandes enthält, dessen Vervollständigung in zweiter J. ebensowenig processualischen Zweifeln unterliegt, wie die Befugniß des Richters, anticipirte Repliken zur Beseitigung von Einreden zu benutzen. Einer Verbesserung der für die dritte [12] Beweisalternative von dem vorigen Richter gewählten Fassung bedurfte es mithin bei diesem Ergebniß überall nicht.

4) Daß von einer Abweisung des Klrs auf Grund einer bei Aufmachung der Schadensrechnung stattgehabten bereits liquiden Uebervortheilung der Gesellschaft in Gemäßheit des §. 12 der Vers.-Bedingungen nicht die Rede sein kann, liegt auf flacher Hand. Zwar ist es richtig, daß die dem Hauptagenten eingereichte Schadensrechnung einen Betrag von BM. 10,249. 14. Sch., die klagend geltend gemachte Forderung dagegen eine Höhe von BM. 6566. 6 Sch. erreicht, und diese Differenz von BM. 3683. 8 Sch. ist allerdings nicht unbedeutend. Sie verliert jedoch jede Bedeutung bei näherer Ansicht der Schadensrechnung, woraus unzweifelhaft hervorgeht, daß der Versicherte von der Ansicht ausging, er habe sein gesammtes [13] Mobiliar zu verzeichnen und zu veranschlagen. Wie hoch man also auch immerhin den technischen Werth der eingereichten Rechnung anschlagen mag, die Absicht einer Uebervortheilung der Ges. läßt sich aus diesem Actenstück allein nicht ableiten; es war offenbar nichts weiter, als das factische Material, mit dessen Hülfe die Vertreter der Ges. den in den Grundsätzen der Aufmachung einer für die Verpflichtung der Ges. zur Entschädigung maßgebenden Rechnung unerfahrenen Versicherten durch Zulegung der Verhandlungen vom 27. bis zum 29. Juni zur Aufstellung der in der Klagschrift reproducirten Berechnung in den Stand gesetzt haben. Eben so wenig bedurfte es

5) einer Veränderung der aus dem ersten U. ersichtlichen Beweisauflage mittelst Hinweglassung der Worte „wissentlich, d. h. in der Absicht, die beklagte Gesellschaft, bzw. deren Vertreter dadurch [14] zu hintergehen." Es konnte nämlich nicht bezweifelt werden, daß das Fundament

des §. 12 und aller in demselben unterschiedenen Fälle der Betrug sei, und daß es auf einen solchen eben so wohl in dem ersten und zweiten, wie in dem dritten Falle ankomme. Auszugehen ist bei der Beurtheilung dieser Frage davon, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen irgendwie übertriebene Schadenforderungen von Versicherten deren Zurückführung auf das richtige Maaß, keineswegs aber den Verlust des ganzen Anspruchs zur Folge haben. Wenn daher in den Bedingungen von Feuervers.-Gesellschaften vielfach

H. Leipziger Feuer-Vers.-Ges. w. Jaquemier. Jan. 1831.

H. Geber, cur. bon. w. Sun Fire Office u. Cons. 31. Jan. 1848. (Hamb. [15] Samml. B. 2. Nr. 2).

L. Walte w. Riunione Adriatica di Sicurta in Triest, 29. Nov. 1862 (Nr. 446).

L. Deutscher Phönix w. Wacker & Co. cur. bon. 29. Nov. 1862.

und so auch in denen der Bekl. der Verlust der Forderung für solchen Fall angedroht ist, so liegt hierin eine Ausnahme von der Regel des Rechts, und diese unterliegt natürlich einer stricten Interpretation. Nun ließe sich schon Manches dafür sagen, daß das „Hintergehen" der Gesellschaft, dessen bei den übertriebenen Angaben des Werthes verlorener oder beschädigter Gegenstände gedacht ist, nur der Kürze halber mit diesem Fall allein verbunden sei, dergestalt, daß man anzunehmen habe, es stände geschrieben, „wenn er übertriebene Angaben macht und die Gesellschaft zu hintergehen sucht." Allein selbst dann, wenn man [16] annimmt, die Fassung sei absichtlich so gewählt, daß des „Hintergehens" nur bei dem dritten Fall gedacht ward, gelangt man für den ersten und zweiten Fall nicht zu dem Ergebniß, daß das Vorhandensein der Arglist in ihnen zu fingiren oder zu präsumiren sei. Wollte man nämlich in den gedachten Fällen von der Nothwendigkeit eines Vorhandenseins betrügerischer Absicht auf Seiten des Versicherten gänzlich oder bis zum Gegenbeweis absehen, und jede Ungenauigkeit in der Rechnung, gleichgültig, worin dieselbe ihre Veranlassung haben mag, als einen Grund für die Befreiung der Gesellschaft ansehen, so würde

dadurch ein Formalismus begünstigt, welcher in den meisten Fällen zu einem Ergebniß führen würde, welches die Versicherten dem guten Willen des Versicherers überlieferte. Eine Clausel, welche die Erfüllung einer Obligation der Willkür des einen [17] Contrahenten anheimstellt, steht aber, wie oben bemerkt, mit deren Wesen im Widerspruch, und mithin wird auch von einer Erklärung der vorliegenden Clausel, welche auf jenes Resultat hinausliefe, zu abstrahiren und mit den Gründen zum v. U. das Vorhandensein betrügerischer Absicht auf Seite des Versicherten als unerläßliche Bedingung für den Eintritt eines Verlustes der Versicherungssumme in allen hier in Betracht kommenden Fällen so lange aufzufassen sein, als nicht offenbare Beweise dafür vorliegen, daß jene Fiction bzw. Präsumtion bei Eingehung des Geschäfts beabsichtigt ward. An derartigen Beweisen fehlt es. Niemand wird bezweifeln, daß es Fälle geben kann, in denen aus gewissen Thatumständen eine betrügerische Absicht beim Abgang sonstiger Entschuldigungsmomente ohne Weiteres geschlossen werden darf, und dahin gehört es, wenn eine Erhöhung [18] der Entschädigungssumme dadurch herbeigeführt wird, daß versicherte Gegenstände als beim Brande abhanden gekommen bezeichnet sind, welche entweder gar nicht der Feuersgefahr, ausgesetzt waren, oder aus solcher gerettet wurden. Kennt nämlich in einem derartigen Falle der Versicherte die Sachlage und verfährt dennoch in der bezeichneten Weise, so läßt sich sein Verfahren, von ganz besonderen Umständen abgesehen, deren Vorhandensein natürlich die Person darzuthun hat, welche sich auf dieselbe beruft, nicht anders erklären, als dadurch, daß jener verbrecherische Wille vorhanden gewesen sei. Das war der Grund, weshalb die Fälle des §. 12, so wie geschehen, gefaßt sind; es hat dadurch nicht ein Gegensatz zu dem dritten Fall, wo der Hintergehung ausdrücklich gedacht ist, gebildet werden sollen, sondern man beabsichtigte nur anzugeben, was in derartigen Fällen der Regel nach eintrete. Es [19] hat also eine thatsächliche und keineswegs eine Rechtsvermuthung, noch weniger aber eine Fiction des Betrugs hier aufgestellt werden sollen. Derartige Vermuthungen ändern aber bekanntlich die Beweislast nicht, und mithin gereicht

der Umstand, daß der Beweissatz die angefochtenen Worte enthält, der Bekl. materiell nicht zur Beschwerde. Es wird am Ende der Beweisführung aus einer genauen Erwägung aller in den Acten enthaltenen Momente die Frage beantwortet werden müssen, ob eine etwaige Aufgabe von Gegenständen, welche sich nicht in dem abgebrannten Hause befunden haben, bzw. gerettet sind, als verbrannt oder vermißt, den Zweck gehabt habe, die Gesellschaft zu übervortheilen, und bei deren Beantwortung haben die obgedachten Grundsätze als Maaßstab zu dienen.

Die sechste Beschwerde der Bekl. betrifft deren [20] Verurtheilung in die Kosten v. J., und dieser mußte theilweise entsprochen werden. Zwar konnte von einer Verurtheilung des Klrs in diese Kosten so wenig die Rede sein, wie von einer gänzlichen Vergleichung derselben. Da aber das erste U. auf Grund der klägerischen Beschwerden theilweise abgeändert wurde, so entspricht es der Praxis des OAG., insoweit eine Vergleichung der in der Rechtsmittelinstanz erwachsenen Kosten eintreten zu lassen, und diese war, in Beihalt der Verwerfung der von der Bekl. aufgestellten Beschwerden und des Maaßes der in v. J. überhaupt ergangenen Rechtsausführungen, auf den vierten Theil der sämmtlichen bei dem OG. erwachsenen Kosten festzusetzen. Daß aber diese geringfügige Abänderung des v. Erk. ohne Einfluß auf die Verurtheilung der Bekl. in die Kosten [21] gegenw. J. sein mußte, entspricht der Rechtsprechung des OAG. ebenso, wie, daß im Fall einer auch noch so geringen Abänderung des v. U. von der Erkennung einer Frivolitätsstrafe abgesehen wird, welche ohne jene Abänderung in dem vorliegenden Fall gerechtfertigt gewesen sein würde.

## 443. Röhl Ehefr. w. Ehemann, 29. Sept. 1862.
## R282V.

1) Die deutschrechtliche Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett hat an sich keine Sicherheitsmaßregeln in Betreff des Vermögens zur Folge. Dieselben können daher nur eintreten

im Fall einer Vermögens-Verschwendung oder Verschleppung.

2) Haben sich die Ehegatten in ihrer Ehestiftung den Normen des franz. Rechtes unterworfen, so hat der deutsche Richter, vor welchem bei einem Rechtsstreit über Trennung der Gatten von Tisch und Bett vermögensrechtliche Fragen zur Entscheidung kommen, jene Normen zur Anwendung zu bringen.

3) Wohnen Ehegatten in Frankreich ohne Autorisation der Regierung, und sind demnach die Gerichte ihres Wohnortes nicht zuständig, dieselben von Tisch u. Bett zu scheiden, wohl aber provisorisch die Güterverhältnisse, namentlich die der Frau während des Rechtsstreits zu reichenden Alimente, zu reguliren, so ist der Richter, vor welchen die Verhandlung über die Trennung von Tisch u. Bett gehört, zuständig, derartige provisorische Verfügungen zu modificiren.

4) Der neue Erwerber eines Grundstückes ist nach französischem Recht stets befugt, das Grundstück von den darauf haftenden Hypotheken, nöthigenfalls durch Hinterlegung des Kaufpreises, zu befreien. Wenn statt dieses Verfahrens im Interesse einer Ehefrau, welche wegen ihrer Forderungen an den Mann eine Inscription auf das Grundstück genommen hatte, die Auszahlung des Kaufpreises an einen Sequester und dessen zinsbare Belegung verordnet ist, so dauert die Hypothek der Frau an dem Grundstück, welche ohne ihre und ihrer Verwandten Einwilligung sonst überall nicht geändert werden darf, an dem Gelde nicht in gleicher Weise fort, wie an einem Grundstücke; sondern es ist zulässig, den Betrag der sequestrirten Summe nach dem Betrag der Forderung zu reguliren, so daß der Ueberschuß dem Ehemanne ausgezahlt werden muß.

5) Die Ehefrau hat nach c. c. art. 2121. eine Hypothek am Vermögen des Mannes wegen ihrer sämmtlichen Forderungen an denselben. Zu diesen Forderungen gehören auch Alimente, sowohl die, welche ihr der Mann während eines Rechtsstreits über Trennung von Tisch u. Bett zu zahlen hat, wie die, zu denen er etwa nach erkannter Trennung verurtheilt wird.

6) Die Ehefrau hat keine Hypothek am Vermögen des Mannes wegen ihres dereinstigen Antheils an dem ehelichen Vermögen.

7) Ob l. 68 D. ad. leg. falc. 35, 2. bei Capitalisirung schuldiger Leibrenten in Frankreich Anwendung finde, ist zweifelhaft. rat.

8) Das von dem Vater während eines Scheidungsprocesses einseitig verfügte Unterbringen eines Sohnes in einer auswärtigen Erziehungsanstalt ist dem Einspruch der Ehefrau gegenüber aufrecht zu erhalten, wenn die Verfügung dem Interesse des Kindes entspricht.

9) Eine für die Kosten des Scheidungsprocesses dem Manne auferlegte Caution von 500 Frs. ist von dem OAG. um anderweite 500 Frs. erhöht, da die Ehefrau dargelegt hatte, daß bereits in erster I. jene Summe erschöpft sei.

Röhl, Bürger von Lübeck, war in früheren Jahren in Petersburg etablirt, verheirathete sich dort mit einer Französin, dem Heirathscontract wurden die Vorschriften des code civil zum Grunde gelegt, die Eheleute zogen später nach Paris, und haben mit einander zwei Kinder erzeugt. In Paris entstanden eheliche Zwiste, welche zu factischer Trennung und vor den dortigen Gerichten zu interimistischen Verfügungen über das, besonders in einem Haus zu Versailles, welches der Ehemann verkauft hatte und dessen Kaufpreis von der Frau zur Sicherung ihrer Forderungen unter Sequester gestellt ward, bestehende Vermögen und die Kindererziehung führten, während das Hauptverfahren den Bestimmungen des franz. Rechts gemäß nach Lübeck verwiesen, und hier von der Frau in zwei Rechtsstreiten anhängig gemacht ward, von dem der erste die provisorischen Verfügungen über Vermögen und Kinder betraf, und vom OAG. endlich entschieden wurde, während in dem zweiten,

dem Rechtsstreit über Trennung von Tisch und Bett, später die Berufung an die dritte J. aufgegeben ist.

I. Während der Bekl. mittelst seiner ersten Beschwerde [2] die Herstellung des ersten U. verlangt, welches die durch Ordonnanz vom 31. August 1858 verfügte Sequestration der Versailler Hauskaufgelder zu Gunsten des Bekl. aufgehoben hatte, beschwert sich die Kl. zunächst über die Beschränkung der Sequestration auf den Betrag von Fr. 82,500. Die Gründe zum ersten U. haben die Aufhebung dadurch gerechtfertigt, die hier allein in Betracht kommende deutsche Scheidung von Tisch und Bett sei der Regel nach ohne Einfluß auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten, und dem Ehemann dürfe bei Erkennung einer solchen Scheidung die Verwaltung der Güter nicht entzogen werden; es fehle aber in dem vorliegenden Falle an einem besondern Grunde [3] zu einer provisorischen Maßregel. Das zweite U. dagegen ist auf den Ursprung des erkannten Provisoriums eingegangen, findet ihn in dem gesetzlichen Pfandrecht der Ehefrau nach französ. Recht, und hat den Betrag in Beihalt des Umfanges ihrer Forderungen festgestellt. Daneben ist der Gesichtspunkt, von welchem das erste U. ausgeht, als richtig anerkannt worden. Die erneute Prüfung des Anspruches hat daher

A. zu erörtern, ob im Fall einer beantragten zeitigen Trennung zweier Eheleute schon hierdurch allein Sicherheitsmaßregeln in Betreff der Vermögensverhältnisse gerechtfertigt erscheinen. Diese Frage war mit den Gründen zu beiden vorigen U. zu verneinen. Es bedarf zu dem Ende des Vorhandenseins besonderer Gründe, welche sich auf die Gesichtspunkte einer [4] Vermögensverschwendung oder Verschleppung zurückführen lassen. In erster Beziehung wird von der Kl. nur geltend gemacht, daß der Bekl. sich im Börsenspiel ruinire. Es fehlt aber für diese Behauptung an jedem speciellen Nachweis. Ueberdies würde es nicht gerechtfertigt sein, einen Kaufmann, welcher in nicht allzu langer Zeit und offenbar auf dem Wege der Speculation sein Vermögen mehr als verzehnfacht hat, in ferneren Speculationen um deswillen zu beschränken, weil er in eheliche Mißhelligkeiten gerathen ist.

Eben so wenig liegt bis dahin ein Grund vor, eine Vermögensverschleppung anzunehmen, wodurch die spätere Realisirung der Rechte, welche der Frau zustehen, erschwert werden könnte. Wenn daher dieser Gesichtspunkt allein [5] maßgebend wäre, so würde das erste Erk. herzustellen sein. Es mußte jedoch

B. in Betracht gezogen werden, ob und in wie weit die Rechte der Frau in Frankreich bereits in bindender Weise eine Anerkennung gefunden haben. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß jene Rechte, insofern sie unabhängig von den Scheidungsanträgen bereits vorhanden waren, dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß die gegenw. Rechtsverfolgung in Lübeck stattfindet, wo die Rechte der Frau in einer andern Weise gesetzlich geordnet sind. Die hiesige Rechtsverfolgung hat nämlich zunächst das rein persönliche Verhältniß unter den Ehegatten zum Gegenstand; ihre Güterverhältnisse richten sich nach französ. Rechte, und zwar insoweit sie nicht etwa später durch Trennung der Gatten eine Modification erfahren müßten, um [6] deswillen, weil sie in dem vorliegenden Fall durch deren Heirathsvertrag unter Zugrundelegung des französ. Rechts festgesetzt worden sind, und darüber unter den Rechtslehrern kein Zweifel obwaltet, daß vertragsmäßige Vermögensrechte durch Aenderung des Wohnsitzes der Ehegatten keine Aenderung erleiden. Anlangend nun den Inhalt der Rechte, welche der Kl. zustehen, so hat dieselbe in dieser Beziehung

1) geltend gemacht, die hiesigen Gerichte seien zu einer gänzlichen oder theilweisen Aufhebung der durch Ordonnanz vom 31. August 1858 angeordneten Sequestration nicht zuständig. Nun würden zwar die hiesigen Gerichte allerdings nicht befugt sein, an der hypothekarischen Inscription auf ein in Frankreich belegenes [7] Haus etwas zu ändern. Allein darum handelt es sich nicht mehr, da die fragliche Inscription von der zuständigen französischen Behörde getilgt ist. Es handelt sich vielmehr um eine anderweite durch bewegliches Vermögen bestellte Sicherheit, und es ist nicht abzusehen, weshalb dasjenige Gericht, welches für beide in Streit begriffene Eheleute den allgemeinen Gerichtsstand

bildet, nicht auch zuständig sein sollte, das Rechtsverhältniß der Parteien hinsichtlich einer solchen Sicherheitsleistung zum Gegenstand seiner Entscheidung zu machen. — Hiermit hängt aber

2) noch die weitere Frage zusammen, ob nicht die fraglichen Hauskaufgelder, da sie ein Ersatz für das auf dem ganzen Hause lastende Pfandrecht sein sollten, ihrem ganzen Betrage nach der Klägerin verhaftet [8] bleiben müssen. Sie hat diese Frage, wenngleich nur sehr im Allgemeinen, mit zur Sprache gebracht, indem sie sich in der Replik darauf beruft, die sequestrirten Gelder sollten nach der Ordonnanz v. 31. Aug. 1858 der gesetzlichen hypothekarischen Inscription unterliegen, und auch deshalb dürfe die Sequestration nicht aufgehoben werden; und in j. J. hervorhebt, die Hypothek sei auf die Kaufgelder übertragen worden. Ueberdies kommt es auf eine ausdrückliche Geltendmachung jenes Gesichtspunktes nicht an, da die Frage zur rechtlichen Beurtheilung des vom Beklagten ausgegangenen Antrags auf Aufhebung der Sequestration gehört, wie ja auch der ganze Gesichtspunkt eines Ersatzes für die Hypothek erst [9] in den Gründen z. v. U. (J. F. Tübingen) bestimmt hervorgehoben worden ist. Wäre nun

a) die Sequestration der Kaufgelder in der Weise als Surrogat der inscribirten Hypothek anzusehen, daß die von der letzteren geltenden Rechtsregeln durchgängig anzuwenden wären, soweit das verwandelte Object es zuließe, so würde die Frage zu bejahen sein. Denn die allgemein inscribirte Hypothek der Ehefrau kann — was in den Gründen z. v. U. übersehen sein dürfte — ohne deren Einwilligung und ohne vorgängiges Gehör ihrer nächsten Verwandten so wenig auf eine bestimmte Summe, als auf einzelne von mehreren Immobilien, worauf sie inscribirt war, beschränkt werden,

Code civ. art. 2144.

Zachariä, Französisches [10] Civilrecht. 5. A. von Anschütz, B. 2. §. 275, S. 141 f.

Droit civil français par Zachariae, annoté par Massé et Vergé. T. 5. §. 812. not. 15.

Les codes annotés de Sirey par Gilbert. Art. 2144. nr. 1 sq.

indem die bei diesen Schriftstellern angeführten abweichenden Meinungen kein Uebergewicht erlangt zu haben scheinen. — Es fragt sich daher

b) ob die Sequestration in diesem Sinne als Surrogat der Inscription zu betrachten sei. Die Ausdrücke der Ordonnanz v. 31. Aug. 1858, der Sequester solle bei Eintragung der für die Kaufgelder zu nehmenden $4^1/_2$ procentigen Rente bemerken, daß die Summe „doit être (provisoirement) [11] frappé de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme Röhl, dont l'effet sera reservé en main du séquestre," können desfalls für sich allein nicht entscheiden, da ausdrücklich beigefügt wurde „provisoirement", und die Absicht des Richters offenbar nur die war, nach der augenblicklichen Lage der Sache die Ansprüche der Kl., deren Umfang sich noch gar nicht übersehen ließ, möglichst vollständig zu wahren, ohne daß damit eine nähere Prüfung derselben und danach eine genauere Feststellung des Umfanges hätte ausgeschlossen werden sollen. — Läge nun die Sache so, daß die Beibehaltung oder Tilgung der hypothekarischen Inscription völlig vom freien Willen der Kl. abgehangen hätte, so würde man den ihr durch die Sequestration des gesammten Kaufpreises gebotenen [12] Ersatz als eine Bedingung ihrer Zustimmung in die Tilgung anzusehen haben, und jede Aenderung gegen ihren Willen unstatthaft sein. So verhält es sich indessen nach französischem Recht nicht. Vielmehr muß sich, sobald ein verpfändetes Grundstück auf einen neuen Erwerber übergeht, jeder hypothekarische Gläubiger ohne Ausnahme gefallen lassen, daß der neue Erwerber sich ihm gegenüber in einer vorgeschriebenen Form zur Abtragung der Pfandschuld aus dem Kaufpreis erbiete, und durch Leistung der entsprechenden Zahlung sein Grundstück vom Pfandrechte befreie. Das Gesetz hat dieses Tilgungsrecht namentlich auch gegen die Gläubiger, deren Forderungen noch nicht fällig sind, anerkannt.

Code civ. Art. 2184.

Die Doctrin nimmt an, daß für eine Leibrente in solchem Fall der [13] Capitalwerth zu zahlen ist. Im Uebrigen versteht sie die Vorschrift zum Theil dahin, daß die nicht-

fälligen Forderungen sofort ohne Abzug zu bezahlen seien, zum Theil dagegen dahin, daß der Käufer zwar eine solche Schuld auszuzahlen habe, um sich zu befreien, der Gläubiger aber deren Aushändigung nicht vor der Fälligkeit verlangen könne, das Geld vielmehr inzwischen zu belegen sei. Treten in der Person der Gläubiger der Erledigung Hindernisse entgegen, z. B. weil sie über ihre Priorität uneinig sind, so kann der Käufer nöthigenfalls den Kaufpreis deponiren.

Zachariä, a. a. O. B. 2. §. 294. besonders Note 12 u. 39.

Massé et Vergé, a. a. O. T. 5. §. 832. not 17. §. 834. not. 3.

Sirey par Gilbert. Art. 2184. nrr. 1. 2. 3. 7.

[14] Jene Controverse interessirt jedoch hier nicht weiter, da der Weg einer zinsbaren Belegung des Kaufpreises gewählt und in dieser Hinsicht nicht bestritten ist. Jedenfalls ist soviel als Gedanke des Gesetzgebers klar: die Sache wird dadurch vom Pfandnexus befreit, daß die Gläubiger aus dem Erlös befriedigt werden, geschehe dies nun durch Baarzahlung oder durch Verwendung des Kaufgeldes zu einer Caution für künftige Zahlung bei späterer Fälligkeit. Es wird also nicht etwa das Pfandrecht von der Sache auf den Kaufpreis übertragen, so daß der letztere dem Gläubiger in gleicher Ausdehnung zu haften hätte, wie vorher das Grundstück; sondern das Pfandrecht hört überhaupt auf, und jeder Gläubiger kann aus dem Kaufpreis nur gerade soviel in Anspruch nehmen, als zu seiner jetzigen oder künftigen Bezahlung [15] erforderlich ist. Bei der Deckung künftiger Zahlungen wird natürlich das richterliche Ermessen hinsichtlich der Größe und Art der Caution nicht ausgeschlossen sein können.

Im vorliegenden Falle ist nun zwar nicht gerade das gesetzliche, hiefür bestimmte Verfahren von Seiten des Hauskäufers gegen die Klägerin eingeleitet worden. Allein der Käufer verlangte Befreiung von der inscribirten Hypothek und drohte mit Deposition des Kaufpreises. Die Klägerin war daher sachlich in der Lage, daß sie sich zufrieden stellen mußte, wenn der zur Deckung ihrer Ansprüche erforderliche

Theil der Kaufgelder ausgeschieden und für sie belegt wurde. Durch die Ordonnanz v. 31. Aug. 1858 wurde daher offenbar in allseitigem Interesse nur eine Abkürzung in der Form erreicht, indem man, anstatt es erst zur [16] Deposition und nachfolgenden Ausscheidung der Caution für die Kl. kommen zu lassen, sofort die zinsbare Anlegung der ganzen Kaufsumme im Wege der Sequestation vorzog. An dem Recht des Bekl. mit der Aufhebung des Pfandnexus zur freien Verfügung über denjenigen Theil des Kaufpreises zu gelangen, welcher zur Deckung der Kl. nicht erforderlich war, wurde damit Nichts geändert. Unter diesen Umständen mußte die Beschränkung der Sequestration auf die zur Sicherstellung der Ansprüche, für welche eine Hypothek anzuerkennen ist, für gerechtfertigt erachtet werden. Was aber die Feststellung der Summe selbst betrifft, so war

3) mit den Gründen zum v. U. anzunehmen, daß die gesetzliche Hypothek, welche der Ehefrau im Art. 2121 c. c. eingeräumt worden ist, sich erstrecke

a) auf das Eingebrachte der Ehefrau. Das Vorbringen in j. J. die Kl. habe bereits an Kleidungsstücken &c. mehr mitgenommen, als sie eingebracht, und eventuell sei Bekl. bereit, ihr das Fehlende auszuantworten, verdient keine Berücksichtigung, theils beim Widerspruch der Kl. als unzulässiges neues Vorbringen, theils weil dieses mit dem stillschweigenden Zugeständniß in der Vernehmlassung erster J. in Widerspruch steht. Anlangend dagegen

b) ihren Anspruch auf Hypothek wegen der Alimente, so geht das Recht der Frau auf [18] Alimente aus Art. 214. 259. u. 268 c. c. unzweifelhaft hervor; dieselben sind mithin eine Forderung der Frau an den Mann, und wird demnach, da die Ansicht, daß sie die Hypothek wegen aller Forderungen an ihren Mann habe, bei der allgemeinen Fassung des Art. 2121 den Vorzug verdient, wie denn der Art. auch im Allgemeinen so aufgefaßt wird,

Massé et Vergé, a. a. O. T. 5. p. 159. nr. 3 und die daselbst z. E. angef.

ihr die Hypothek wegen der Alimente nicht abgesprochen werden können. So werden denn namentlich nach

Gilbert zu c. c. art. cit. nr. 7—9.

die Forderungen für die Trauer, die Alimente des Trauerjahres und die Kosten eines mit dem [19] Manne auf Trennung zu führenden Processes hierhergerechnet, und konnte die Behauptung des Bekl. in j. I., daß sich sicherm Vernehmen nach die neuere Praxis der französischen Gerichte gegen die Annahme eines gesetzlichen Unterpfandes für die der Frau zu reichenden Alimente ausgesprochen habe, den in den Gründen zum v. U. angeführten doctrinellen Autoritäten gegenüber, indem bei

Sirey, Receuil des lois et des arrêts 1828.

statt 1, 142 zu lesen ist, P. 1, p. 297—299, zur Zeit keine Berücksichtigung finden, wiewohl dem Bekl., da es sich jetzt nur um eine Entscheidung im provisorischen Verfahren handelt, nicht abgeschnitten ist, seine Behauptung in erster I. seiner Zeit näher zu [20] begründen und liquide zu stellen. Anlangend endlich

c) das Verlangen der Kl., daß ihr Anspruch auch in Ansehung des ehelichen Erwerbs Anerkennung finde, so mußte es desfalls bei dem v. U. nebst Gründen sein Bewenden behalten, indem nach dieser Richtung hin gegenwärtig noch Folgendes wider die Kl. in Betracht kommt. Dieselbe hat in ihrer Rechtfertigungsschrift den bei Zachariä

a. a. O. B. 2. S. 101. not. 22.

sich findenden Satz, daß die Ehefrau das Unterpfandsrecht an den Liegenschaften habe, welche zur ehelichen Errungenschaft gehören, dahin mißverstanden, sie habe dies Unterpfandsrecht wegen der [21] Errungenschaft. Nicht minder ist die Note von Anschütz so mißverstanden, daß den Worten „an den Errungenschaften" die Worte „wegen derselben" substituirt, und der dort angeführte Schriftsteller Bertauld hierfür geltend gemacht wird. In diesen Mißverständnissen ist ihr der Bekl. gefolgt. Es hätte jedoch nur einer Ansicht des unmittelbar vorhergehenden Satzes bedurft, um zu sehen, daß Zachariä ganz klar der Ansicht ist, die Hypothek der Frau gehe nicht auf die Ansprüche, welche die Ehefrau zu ihrem Antheil an dem Gemeingut wider den Mann zu erheben berechtigt sei. Recht deutlich tritt dies hervor in der

französischen Bearbeitung des Zachariä'schen Werkes von Massé et Vergé, indem hier

T. 5, p. 161 u. 162.

[22] beide Sätze durch Absätze von einander getrennt sind, und die Noten dazu nicht den mindesten Zweifel an der irrigen Auffassung der Kl. übrig lassen. Eben so wenig konnten

4) die sonstigen von der Kl. hervorgehobenen Momente, welche theils dem C. c. art. 311, betreffend die séparation de corps, theils den art. 270 u. 271, betreffend das divorce, mag man die Berufung auf dieselben ansehen als geschehen zur Begründung der Hypothek an der Errungenschaft, oder als selbstständige Gründe für eine Sicherheitsbestellung, theils der deutschrechtlichen Trennung von Tisch und Bett, theils endlich der Erschwerung der Rechtsverfolgung entnommen sind, überhaupt bzw. zur Zeit für geeignet erachtet werden, um den [23] beabsichtigten Zweck zu erreichen, da, was keiner Auseinandersetzung bedarf, jene Fälle entweder nicht vorliegen, oder die ihnen beigelegte Wirkung nicht haben.

5) Andererseits war aber auch die von dem Bekl. in j. I. auf das Notariatsdocument vom 8. Oct. 1858 gestützte Einrede des Verzichtes zu verwerfen, indem, abgesehen von der Frage, ob das Document ein unzulässiges neues Vorbringen ist, durch dasselbe nur die Rechte der Frau an das von ihrem Ehemann dem Morel verkaufte Grundstück aufgegeben sind, die Ordonnanz v. 31. Aug. 1858 aber dadurch überall nicht berührt wird.

Das Resultat der sämmtlichen vorstehenden Ausführungen geht also dahin, daß es sich nur um eine Sicherstellung der unter Nr. 3 a. und b. verzeichneten Forderungen handelt, und mithin die [24] Sicherheit der Kl., da in Betreff der Alimente Fr. 3600 gegen dieselbe (vgl. unten Nr. II.) rechtskräftig feststehen, und ihre noch in gegenw. I. wiederholte Bezugnahme auf die — nach dem, was über das Vermögen des Ehemanns vorliegt, offensichtlich übertriebene — Forderung einer jährlichen Pension von Fr. 10,000 nach erfolgter Trennung, und von Fr. 6000 während des Provisoriums, nicht in Betracht gezogen werden konnte, durch die ausgesetzte

Summe auf das Vollständigste gewahrt. Ja, man würde, wenn aus den französischen Schriftstellern sich entnehmen ließe, daß bei Capitalisirung von Leibrenten die wahrscheinliche Lebensdauer in gleicher Weise wie im gemeinen Recht in Betracht zu ziehen wäre, sogar auf eine weitere Reduction kommen müssen. [25] Nach

l. 68. D. ad leg. falcidiam. 35, 2.

hat die 37jährige Kl. eine wahrscheinliche Lebensdauer von 20 Jahren. Der Gesammtbetrag 20jähriger Alimente à Fr. 3600 ist daher Fr. 72,000, und der jetzige Capitalwerth mit Interusurium berechnet sogar nur ca. Fr. 50,000. Es war jedoch von einer hierauf gegründeten weiteren Reduction um so mehr abzusehen, als der Bekl. selbst am Schluß seiner Vernehmlassung die Capitalisirung der Alimente zu $4\frac{1}{2}\%$ zu Grunde gelegt hat. Hienach konnte es sich nur fragen, ob eine weitere Reduction einzutreten habe, weil

II. der dritten Beschwerde des Bekl. in j. J. zu entsprechen wäre, mittelst welcher derselbe die Herabsetzung des [26] Alimentationsbetrages von Fr. 3600 auf Fr. 2000 verlangt. Die Kl. hat aber hiegegen mit Recht geltend gemacht, daß diese Beschwerde rechtskräftig beseitigt sei. Nachdem nämlich der Civilgerichtshof des Departements der Seine mittelst U. v. 9. Juli 1858 erkannt hatte, daß der Bekl. der Kl. zu ihrem Unterhalte vom Tage der Klage an eine Pension von Fr. 3600 in vierteljährlichen Raten praenumerando zu zahlen habe, ist die Höhe dieser Alimentationssumme in erster J. Gegenstand der Verhandlungen unter den Parteien geworden, indem die Kl. eine Erhöhung des Betrages auf Fr. 6000, der Bekl. dagegen eine Herabsetzung auf Fr. 1600 — [27] höchstens Fr. 2000 beantragt hat. Nachdem nun das NG. unterm 7. Jan. 1860 beide Anträge verworfen hatte, ist zwar von der Kl. mittelst ihrer vierten Beschwerde in v. J. der Klagantrag wiederholt worden; der Bekl. dagegen hat das erste Erk. insoweit die Rechtskraft beschreiten lassen. Hierauf ist durch das zweite Erk. der Antrag der Kl. abermals .... verworfen, und nunmehr die vierte Beschwerde in v. J. von der Kl. in der gegenw. nicht wiederholt; das Bestreben des Bekl. dagegen,

seine früheren Anträge derzeit zur Geltung zu bringen, ist unzulässig. Zunächst [28] nämlich kann

1) der Umstand, daß das erste U. den Betrag der Pension in dem tenor des Erk. nicht ausdrücklich ausgesprochen hatte, nicht in Betracht kommen, da das NG. ein decisum neben Aufhebung der Sequestration und Billigung des Unterbringens des Sohnes in Heidelberg, sämmtliche übrige Anträge des Bekl. in provisorio ausdrücklich verworfen hat. Zu diesen gehörte aber die Herabsetzung der Alimente auf Fr. 2000. Ueberdies ist in den EG. die Fixirung derselben auf Fr. 3600 ausdrücklich gerechtfertigt, und bekanntlich wird nicht bloß dasjenige rechtskräftig, was in dem decisiven Theile des U. steht, sondern dasjenige, was der Rechtkraft überhaupt fähig ist, wenn es sich auch nur in den Gründen findet. Wenn daher [29] das zweite U. zur Erleichterung der Hülfsvollstreckung die erwähnte Summe in den tenor aufnahm, so kann dies nicht die Wirkung haben, den Punkt von der Rechtskraft zu entbinden.

2) Eben so wenig kann darauf etwas ankommen, wenn der Bekl. in dem tenor der Beschwerde die veränderten Umstände zur Begründung seines Antrags geltend macht; denn so lange dieselben nicht speciell namhaft gemacht worden sind — und daran fehlt es in der Rechtfertigung gänzlich, indem hier nur das frühere, bereits von dem ersten und zweiten Richter gewürdigte Vorbringen in Bezug genommen wird — kann unmöglich Rücksicht auf dieselben genommen werden. Bei dieser formellen Sachlage kommt [30] die Frage, welche Quote vom Einkommen des Mannes die Frau beanspruchen könne, und der Betrag des Einkommens selbst nicht in Betracht. Die Beschwerde war vielmehr zu verwerfen, und demnach von einer weiteren Herabsetzung der Sicherheitsleistung (s. oben I. z. E.) abzusehen. — Mit der ersten Beschwerde des Bekl. steht ferner in Verbindung

III. die zweite Beschwerde des Bekl. in gegenw. I., mittelst welcher er verlangt, daß an die Stelle der gerichtsseitig unter Sequester gestellten Kaufgelder eine andere Sicherheit gesetzt werde; nämlich 200 Stück Obligationen der Paris-Lyoner und Mittelmeer-EB., indem dieselben zum

Betrage von Fr. 6000 ganz oder theilweise sequestrirt, bzw. bei Gericht oder einem Notar hinterlegt würden. Allein auch diese [31] Beschwerde mußte verworfen werden, und zwar schon aus dem formellen Grunde, weil der Bekl. nicht berechtigt ist, derartige Anträge sofort in letzter J. zu stellen. Die Art und Weise, wie die Sicherheit für die Ansprüche der Kl. zu bestellen sei, ist in Paris einstweilen festgesetzt worden. Wollte der Bekl. Aenderungen nach dieser Richtung hin eintreten lassen, so hatte er desfalls das RG. anzugehen, und war nicht befugt, diejenigen Momente, welche zur Berücksichtigung seines Verlangens führen sollen, zumal da ihm dieselben schon früher bekannt gewesen, sofort bei dem OAG. geltend zu machen. Sodann aber erscheint das Verlangen zur Zeit auch materiell unbegründet. Denn es ist unter den Parteien streitig, inwiefern dem Bekl. eine [32] freie Dispositionsbefugniß über die besagten Actien zustehe. Wenngleich nämlich die Uebertragung an die Kl. als Schenkung unter Ehegatten auch nach den Vorschriften des französ. R. nicht zu Recht besteht, so ist doch die Frage, ob nicht der Bekl. in gültiger Weise über die besagten Actien dahin disponirt habe, daß dieselben für seine Ehefrau als Antheil desjenigen gerechnet werden sollten, was dieselbe im Fall ihres Ueberlebens aus der Gütergemeinschaft zu fordern hätte, mithin, daß sich der Bekl. einstweilen der freien Verfügung über jene Actien begeben habe, unter den Parteien bestritten. Es kann daher der Kl. nicht zugemuthet werden, sich durch diese Actien eine Sicherheit für andere Forderungen bestellen zu lassen.

IV. Mittelst der zweiten... Beschwerde verlangt die Kl., daß der Bekl. verpflichtet werde, seinen ältesten Sohn aus der Erziehungsanstalt in Heidelberg hinwegzunehmen und denselben in die Pariser Anstalt zurück zu bringen.... Dieselbe mußte jedoch verworfen werden. Zunächst ist es schon zweifelhaft, ob die Ordonnanz v. 31. Aug. 1858 die Bedeutung habe, daß dadurch den Rechten des Vaters, über [34] den Erziehungsort seiner Kinder zu verfügen, eine Schranke hat gesetzt werden sollen; und ob nicht vielmehr die Bedeutung jenes Decretes die war, die Verfügung des Vaters als eine

zweckmäßige während der Dauer des Provisoriums anzuerkennen, ohne jedoch fernere ebenso verständige Verfügungen des Vaters auszuschließen. Will man aber auch jede fernere Verfügung als ausgeschlossen betrachten, so muß es gleichwohl sehr bedenklich erscheinen, derzeit die Grundsätze des Spolienprocesses auf einen Fall der vorliegenden Art zur Anwendung zu bringen, indem dabei nicht blos die Rechte der Eltern zu berücksichtigen sind, sondern auch die Sorge für das materielle Wohl des Kindes wesentlich in [35] die Waagschale fällt. Dieses letztere würde aber offenbar gefährdet werden, wenn in einer ganz willkürlichen Weise die Erziehung des Kindes eine abermalige Abänderung erlitte. Fehlt es nun an besonderen Momenten, welche die gegenw. Erziehung des Kindes als eine unzweckmäßige erscheinen lassen, gänzlich, so muß, in Beihalt ähnlicher von dem OAG. in F. Kappel w. Ehefrau, 12. Sept. 1859. (Fr. S. 5. p. 74. 75.) und von dem OAG. zu Rostock [1]) [36] ausgesprochener Grundsätze, das Verlangen der Kl. um so mehr verworfen werden, als dieselbe das eine ihrer Kinder fortwährend bei sich hat. Daß aber von einer Anwendung der l. 7. D. 48, 7, wie Kl. glaubt, nicht die Rede sein könne, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung.

V. Dagegen mußte der dritten Beschwerde der Kl., mittelst welcher sie einen Kostenvorschuß zum Betrage von Fr. 1000 verlangt, bis zu dem von Fr. 500 entsprochen werden. Auszugehen war dabei mit den vorigen Richtern von der Ansicht, daß die von dem Pariser Gerichtshofe festgesetzten Fr. 500 für den in Lübeck zu führenden Rechtsstreit bestimmt gewesen sind. Sodann steht es ferner fest, daß ein (37) Ehemann die Verpflichtung hat, die Kosten eines Scheidungsprocesses der Ehefrau beim Abgang eigenen Vermögens der letzteren vorzuschießen. Selbstverstand ist dabei jedoch, daß sich der desfallsige Aufwand auf das Nothwendige zu beschränken hat, und daß hiernach die Aufstellungen der Kl. in gegenw. J. zu modificiren sind. Es fragte sich daher

---

[1]) Entscheidungen von Buchka und Budde. B. 3. S. 197—201. bes. 199 z. E.

nur zweierlei. Zunächst ob ein Grund vorhanden war, den Betrag von Fr. 500 schon bei Erlaß des ersten U. zu erhöhen; und sodann, ob solches in vor. oder in gegenw. J. zu geschehen hatte oder hat. Die erste Frage ist unbedingt zu verneinen. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß die gewöhnliche Caution von 10 Rℓ. ohne Weiteres dann erhöht [38] werden muß, wenn die Umfänglichkeit der Sache das Unzureichende dieses Vorschusses sofort klarstellt. Was nach dieser Richtung hin für den Kl. Rechtens ist, wenn er dem Bekl. zum Kostenvorschuß verpflichtet erscheint, wird unbedenklich auch auf den Bekl. anzuwenden sein, wo dieser aus besonderen Gründen dem Kl. die Proceßkosten vorschießen muß. In jener Beziehung hat sich aber das OAG. schon früher der Ansicht angeschlossen, daß eine Kostenerhöhung unter Umständen gerechtfertigt sei.

Kuhlmann Erben w. Bille, D.M. Jan. 1826. (S. 1, 58. p. 192.)

Es erhellt aber zugleich aus dieser Sache, daß man eine Erhöhung auf 100 Rℓ. schon als eine sehr bedeutende angesehen hat. Waren nun in dem vorliegenden [39] Fall für die Proceßkosten in Lübeck schon 133⅓ Rℓ. Pr. Crt. ausgesetzt worden, so lag für das NG. ohne einen besondern Nachweis kein Grund vor, auf das Verlangen der Kl. einzugehen. Anlangend sodann den in zweiter J. auf Erhöhung gestellten Antrag, so läßt sich nicht läugnen, daß durch die ausführlichen Verhandlungen theils in vor., theils in gegenw. J. der Kostenaufwand nicht unbedeutend vermehrt worden ist. Es wird daher an sich der Zuerkennung einer erhöhten Caution alsdann kein Hinderniß entgegenstehen, sobald wahrscheinlich gemacht ist, daß der frühere Kostenvorschuß bereits aufgebraucht worden sei. Die Kl. hat nun durch Production einer mit Belegen versehenen Rechnung zu zeigen versucht, daß bereits durch die in erster J. angeblich aufgelaufenen Kosten die Summe von Fr. 500 in erheblicher Weise überschritten sei, und muß es daher, da die Kosten der zweiten und dritten J. noch hinzutreten, indem es bei Fragen der vorliegenden Art der Kl. nicht angesonnen werden konnte, sich bei den früheren Erkenntnissen zu beruhigen, schon jetzt, wiewohl selbstverständ-

lich unter Vorbehalt der Einwendungen des Bekl., betreffend die definitive Feststellung der liquiden Kosten, angemessen erscheinen, den Vorschuß, wie gedacht, zu erhöhen.

Diese geringfügige Abänderung des v. U. zu Gunsten der Kl. war jedoch nicht geeignet, die Vergleichung der in j. J. erwachsenen Kosten auch [41] nur theilweise zu beseitigen, welche als Folge der Verwerfung der beiderseitigen Hauptbeschwerden einzutreten hatte.

---

## 444. Möller w. Frister Test.-Vollstr., Oct. 1862.

Ein das Armenrecht abschlagender Bescheid muß dem Nachsuchenden behändigt werden, bevor die Gebühren von ihm eingezogen werden können. [1])

---

## 445 u. 448. Riunione Adriatica di sicurta (Deutscher Phönix) w. Klevenhausen, 29. Nov. 1862. R283P169X.

Eine Beweiscopulative ist zu streichen, wenn deren Inhalt sich schon aus den Acten ergiebt. p. 3 bis 5.

---

## 446. Walte Bekl. w. Riunione Adriatica di Sicurta zu Triest, 29. Nov. 1862. W289R.

1) Wenn bei generischen Feuerversicherungen einzelne Gegenstände **zeitweise** aus dem bezeichneten Aufentshaltsort entfernt werden, so fällt zwar die Verpflichtung der Versicherer, bei deren Untergang während der Entfernung Ersatz zu leisten, hinweg; die Gegenstände hören aber darum nicht auf, Bestandtheile des versicherten Genus zu sein, und sind, wenn dieses während

---

[1]) Inhalt eines Berichts an den h. Senat nach §. 170 OAGO. Derartige Berichte werden den Parteien nicht mitgetheilt, und die Sache in die monatlichen Bekanntmachungen nicht aufgenommen.

jener zeitweisen Entfernung untergeht oder beschädigt wird, in Anschlag zu bringen.

2) Die Rechtsfolgen unrichtiger Angaben in Betreff von bei einer Feuersbrunst abhanden gekommenen Gegenständen richten sich nach dem Inhalt der Policebedingungen.[1])

3) Verschweigungen in der Aufmachung der Schadensrechnung bei Feuerschäden werden dadurch nicht wirkungslos, daß der Agent der Versicherungsgesellschaft sie hindern konnte.

[22] Es ist eine grundlose Aufstellung, daß um deswillen, weil die vorliegende Mobiliar-Feuerversicherung als nur auf das in dem Assecuranzcontract bezeichnete Genus, nicht auf individuelle dem Genus angehörige Sachen gerichtet anzusehen sei, alle Gegenstände, welche der Bekl. aus dem in der Police bezeichneten Local entfernt habe, ohne Weiteres als durch die Versicherung nicht mehr betroffen hätten behandelt werden dürfen und müssen. — Es hat freilich seine Richtigkeit, daß bei Feuer-Assecuranzen der hier vorliegenden Art — bei [23] See-Assecuranzen findet regelmäßig das Gegentheil statt — nicht individuelle Sachen als solche versichert zu werden pflegen, allein dies führt nicht dahin, der Entfernung von Gegenständen aus den Räumen, auf welche die Assecuranz lautet, schlechthin die Wirkung beizulegen, daß sie bei der Regulirung eines Schadens im Falle eines stattgehabten Brandes nicht berücksichtigt werden müßten. Die versicherten Sachen bilden nämlich als Theile einer universitas facti — den Umständen nach unter mehr oder weniger genau bestimmten Grenzen — den Gegenstand der Versicherung. Dies übt in mehrfacher Richtung Wirksamkeit aus. Zunächst insofern, daß bei einem Wechsel der einzelnen Theile die Ergänzungs-Gegenstände ohne Weiteres an die Stelle [24] ihrer Vorgänger treten, also vom Versicherer mit gewährleistet werden, während, wenn nur individuelle Gegenstände versichert sein sollten, ein Wechsel derselben den Assecuradeur entlasten würde. Dies steht denn auch in der alltäglichen

[1]) Vgl. Nr. 442B, 5.

Anschauung. Jedermann weiß, daß, wenn Jemandem, wie hier der Fall, Versicherung geleistet wird, auf

„Mobilien, Haus- und Küchengeräthe, Betten, Leinenzeug, Kleidungsstücke, Spiegel, Uhren, Gemälde, Verzierungen, Porzellan, Glas- und lackirte Sachen,"

hierdurch alle Sachen dieser Art, welche jeweilig zu der universitas facti zusammengebracht sind, mögen sie früher oder später angeschafft sein, durch die Versicherung, so weit letztere nicht unwirksam ist, gedeckt werden. — Anlangend sodann das hier in [25] Betracht kommende Ausscheiden, so haben die vorigen Richter mit Recht hervorgehoben, daß es sich darum handelt, ob Gegenstände nur temporär oder ob sie für immer aus der an dem Orte der contractlichen Gewährleistung vorhandenen Gesammtheit entfernt werden. Im letzteren Falle wird die Gesammtheit um den Betrag des Ausgeschiedenen geringer an Werth; im ersteren bleibt dagegen der Werth derselben unverändert, es wird jedoch der Assecuradeur durch die Entfernung der Gegenstände in Betreff derselben seiner nur für einen bestimmten Ort geleisteten Garantie factisch, so lange jene Entfernung dauert, enthoben. Und dabei kann es unter Umständen für die Feststellung des von dem Versicherer zu zahlenden Vergütungsbelaufes auf den Werth der Gesammtheit [26] der durch die Versicherung betroffenen Gegenstände, einschließlich der temporär entfernten, auch insofern ankommen, als es in manchen Fällen von selbigem abhängt, ob der Versicherer den gesammten Schaden oder nur eine gewisse Quote desselben zu tragen hat, welcher Punkt indessen hier nicht in Betracht kommt. — Zufolge des Vorbemerkten kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn ein Versicherter mit einem Theil der von dem Assecuranzcontracte betroffenen Gegenstände verreiset, wenn er sie verleiht, vermiethet, einem Handwerker in Reparatur giebt und dgl., die so entfernten Gegenstände, wenn sie nicht etwa für immer ausscheiden sollten, sowohl bei der Berechnung des Gesammtwerthes der versicherten Gegenstände mit aufgeführt, als auch bei der Veranschlagung des [27] Werths des erhalten Gebliebenen berücksichtigt werden müssen. Ohne Grund beruft sich der Bekl. hiegegen auf die besonderen

Bestimmungen der §§. 4 und 7 der Policenbedingungen. In dem ersteren ist nur der selbstverständliche Satz ausgesprochen, daß die Aufbewahrung der versicherten Gegenstände an dem bezeichneten Niederlagsorte eine wesentliche Voraussetzung der Verantwortlichkeit der zeichnenden Gesellschaft sei; in dem zweiten, daß, wenn Ortsveränderungen stattfinden, hievon der Kl. sogleich Anzeige zu machen sei, worauf es dann von ihr abhänge, die Versicherung fortdauern oder außer Kraft bleiben zu lassen. Aus diesen §§. geht Nichts, was die Auffassung des Bekl. [28] unterstützte, hervor, und wenn derselbe bemerkt, daß bei der entgegenstehenden Behandlung des fraglichen Punktes die Gleichheit der Parteien verletzt werden würde, insofern der Versicherer bei Ortsveränderungen in Betreff der assecurirten Gegenstände nach Belieben entweder frei von contractlichen Pflichten, oder gebunden sei, so ist dies grundlos. Die Thatsache, daß auf die angegebene Weise der Bestand des Contracts ganz oder theilweise in Frage gestellt wird, ist ein Ergebniß des einseitigen Verfahrens des Versicherten, und diese, wie nach allgemeinen Grundsätzen, so auch nach den angezogenen §§. der klägerischen Bedingungen eintretende Folge ergiebt sich mit Nothwendigkeit aus der Natur des vorliegenden [29] Verhältnisses....

[36] Der §. 18 führt nebeneinander verschiedenartige rechtswidrige Handlungen, welche von einem Versicherten gegen die klägerische Gesellschaft begangen werden können, auf, von der einfachen Verschweigung (worunter selbstverständlich eine bewußte Verschweigung zu verstehen ist) an bis zur planmäßig [37] angelegten betrüglichen Machination („Betrug, Unterschleif, hinterlistige Verheimlichung"), und bedrohet eine jede dieser Handlungen, mag die ihr zu Grunde liegende Arglist mehr oder weniger eminent hervortreten, mit der Verwirkung aller Rechte auf die Versicherung. Hiernach muß es zur Begründung der Klage genügen, wenn, wie die Kl. behauptet, der Bekl., als er die mehrbezeichneten, der Feuersgefahr entzogenen Gegenstände unangezeigt ließ, außer dem unbestritten ihm bekannt und vor Augen gewesenen Factum der Salvirung derselben sich dessen bewußt

war, daß die fraglichen Gegenstände mit durch die Versicherung betroffen seien. — Eine Rechtsauffassung des OAG. über diesen Punkt, welche das NG., und zwar als von dem Vorstehenden abweichend, als existirend angenommen hat, besteht nicht. Es handelt sich bei ihm um die Auslegung einer conventionellen Bestimmung, bei welcher in jedem vorkommenden Falle auf den Sinn zu sehen ist, welcher in selbiger hat ausgedrückt werden sollen. Wenn in dem angezogenen Erkenntnisse Elliot w. cur. bon. Geber ausgesprochen ist, es bedürfe zur Begründung des hier in Rede stehenden Präjudices der Nachweisung einer „in böser Absicht zu hoch bestimmten Schätzung" eines den Ass.-Co. gegespielten Betruges," so beruhte dies auf der besondern Fassung der damals maßgebenden Assecuranzbedingungen. — Was hiernächst die Frage anlangt, wie nach Dem, was an factischen Umständen aus den Acten sich ergiebt, und in Gemäßheit der vorstehenden Auffassung [39] des §. 18 der Policebedingungen gegenwärtig zu erkennen sei, so konnte einerseits dem NG. nicht beigetreten werden, insofern es aus dem Acteninhalt einen zur Zurückweisung der Klage ausreichenden Beweis beklagtischen guten Glaubens ableiten zu können glaubt. Dies war nach Demjenigen unthunlich, was dem Bekl. über die verschiedenen, theils auf dem Frachtwege nach Stadthagen geschickten, theils dorthin mitgenommenen Gegenstände bekannt war; wie denn auch der Bekl. bisher keine Beweise dafür vorgebracht hat, daß er bei der Nichtangabe der in Rede stehenden in Abrechnung zu bringen gewesenen Gegenstände die Meinung gehegt habe, sich hiebei im Rechte zu befinden. Andererseits war aber [40] auch nicht dem OG. beizustimmen, wenn es in Betreff des Beweises wissentlicher beklagtischer Verschweigung der fraglichen Gegenstände schon jetzt definitiv sprechen zu können annahm. Denn wie das OAG. schon in vielen Fällen ausgesprochen hat, so ist bei anticipirter Beweisführung, namentlich, wenn eine Partei den Versuch macht, die Existenz einer der Sachlage nach von ihr zu beweisenden Thatsache schon im ersten Verfahren aus dem Inhalte der Acten abzuleiten, abgesehen von besonderen Umständen, wenn etwa ein gericht-

liches Bekenntniß oder ihrer Natur nach vollbeweisende Urkunden, oder Aehnliches, vorliegen sollten, schon aus dem Grunde ein ordentliches Beweisverfahren zu eröffnen, um es der Gegenpartei [41] möglich zu machen, ihrerseits dem von dem Antragsteller in Bezug genommenen und etwa ferner beizubringenden Beweismaterial Gegenbeweismomente entgegenzustellen. Dies war auch hier unerläßlich, da dem Bekl. noch keine Gelegenheit geboten gewesen ist, jedenfalls keine Verbindlichkeit obgelegen hat, sein Gegenbeweismaterial, zumal vollständig, vorzubringen und zu benutzen....

[41] Der Bekl. hat den Versuch gemacht, durch die Einrede der eigenen klägerischen Schuld die Berufung der Kl. auf den §. 18 der Policebedingungen auszuschließen, insofern nämlich der klägerische Agent Grevesmühl bei einiger Diligenz nicht habe übersehen können, daß die beklagtischen Angaben über die der [42] Feuersgefahr entzogenen Gegenstände unvollständig seien. Allein mit Recht haben die vorigen Richter diesem Vorbringen der Bekl. keine Folge gegeben. Ob und in welchem Umfang Grevesmühl zu der in Betracht kommenden Zeit von der Dauer der von dem Bekl. beabsichtigt gewesenen Reise und den zu derselben gemachten Vorbereitungen unterrichtet gewesen ist, und in Folge dessen an Umsicht es hat fehlen lassen, kann auf sich beruhen bleiben. Eine Verpflichtung, dem Bekl. Vorstellungen zu machen, lag dem Grevesmühl gewiß nicht ob, und es ist ein erfolgloser Versuch, ein wissentliches Verschweigen damit rechtfertigen zu wollen, daß man nicht schon re adhuc integra zum Hervortreten mit der Wahrheit genöthigt worden sei.

## 447. Deutscher Phönix w. Wacker & Co. Güterpfl., 29. Nov. 1862. P170X.

Der Beweis, daß Jemand einen Brand selbst angelegt oder doch durch eigene grobe Fahrlässigkeit verursacht habe, schließt auch den Beweis ein, daß der Brand mit dessen Wissen und Willen durch einen Andern angelegt sei. p. 7 bis 10.

## 449. Witt w. Bernhard & Co., 18. Dec. 1862. W291R.

Die Fangzettelklage wird durch Einlassung in den Concurs, nicht aber durch eine Betheiligung bei den ihm vorangehenden Commissionsverhandlungen ausgeschlossen.

[3] Daß, wenn die Kl. sich wirklich in den Concurs des Bekl. eingelassen hätten, sie dadurch des Rechts sich an die Person des Bekl. zu halten, und folgeweise einen Fangzettel gegen denselben nachzusuchen, verlustig gegangen sein würden, ist freilich nicht zu bezweifeln, steht vielmehr durch mehrfache Entscheidungen auch des OAG. fest.

Plitt w. Raynals & Co. 23. April 1855 (Nr. 338).

Plitt w. Sillem Son & Co. 7. April 1857 (Nr. 340B).

.... [5] Allein in der stattgehabten Betheiligung bei den Commissionsverhandlungen konnte eine wirkliche Einlassung in den Concurs nicht erfunden werden. Eine solche Einlassung, wie sie dem Recht auf einen Fangzettel präjudicirt, ist nämlich nur dann vorhanden, wenn ein Gläubiger seinen entschiedenen Willen, sich an die abgetretenen Güter des Gemeinschuldners halten zu wollen, unzweifelhaft thatsächlich zu erkennen gegeben hat. Sie ist daher ohne Bedenken dann anzunehmen, wenn der Gläubiger, wenigstens vorbehaltlos, seine Forderung auf das erlassene Concursproclam profitirt, und noch entschiedener dann, wenn er bereits eine Dividende oder Accordzahlung aus der Masse entgegengenommen hat: Thatsachen, welche hier nicht vorliegen. .... Dagegen kann es dem Gläubiger nicht präjudiciren, wenn er, um die für das ihm gesetzlich (Stat. 1, 3. Art. 1) zustehende Recht der Deliberation und Entschließung, ob er sich an die Güter oder die Person halten will, nothwendige nähere Kenntniß der Vermögenslage des Gemeinschuldners u. s. w. zu gewinnen, einstweilen in den Versammlungen der Gläubiger sich einfindet und folgeweise, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt, bei den daselbst gepflogenen Berathungen und gefaßten Beschlüssen sich betheiligt. ....

Für die hier vertretene Ansicht liegen denn auch mehrere

gerichtliche Entscheidungen vor. Zunächst schon die des OAG. in der zweiten der oben angeführten beiden Sachen, indem dort ausgesprochen ist, daß das Erscheinen eines Gläubigers in den Debitcommissionen (welches selbstverständlich auch eine Betheiligung bei dem darin Verhandelten und Beschlossenen in sich schließt) noch keine Einlassung in den Concurs sei. — Sodann erklären die in v. J. beigebrachten EG. z. d. OGErk. i. S. Bölsche w. Lütgens ausdrücklich, daß die Theilnahme eines Gläubigers an der Wahl provisorischer Güterpfleger der demnächstigen Fangzettelklage nicht präjudicire. Endlich steht auch das in eben jener Sache ergangene NGErk. keineswegs, wie der Bekl. vermeint, damit in Widerspruch. Denn da in jener Sache der den Fangzettel nachsuchende Kl. nicht nur der ersten Versammlung der Gläubiger des insolventen Bekl. beigewohnt, der außergerichtlichen Behandlung des Debitwesens zugestimmt und an der Wahl der Güteradministratoren Theil genommen, sondern auch demnächst seine Forderung auf das Proclam beim Concurse angemeldet, ja sogar eine Accordzahlung aus der Masse entgegengenommen hatte, so hat mit vollem Rechte das NG. in diesen Handlungen eine Einlassung in den Concurs erblickt. Daß er dies aber nicht gethan haben würde, wenn der Gläubiger sich nur auf die Betheiligung bei den Beschlüssen der Gläubigerversammlung in der oben angegebenen Weise beschränkt hätte, hat es dadurch kundgethan, daß es sich für seine Entscheidung in der gegenwärtigen Sache gerade auf jenes Erk. bezogen hat, daher kein Gewicht darauf gelegt werden darf, daß in diesem Erk., in völliger Verkennung des von der gemeinrechtlichen Güterabtretung in den Wirkungen ganz abweichenden Gutauftragens des lübischen Rechts

Stat. 1, 3. Art. 1.

Schweppe, System d. Conc. d. Gläub. 3. A. §. 10 unter 3 a.

der Genehmigung des von dem Consens der Gläubiger überall nicht abhängigen Güterauftrages abseiten eines Gläubigers irgend eine Bedeutung in Beziehung auf dessen Fangzettelrecht beigelegt wird.

## 450A. Schweder und Handelskammer, 6. Nov., 18. Dec. 1862. S611.613W.

1) Außergerichtliche Appellation findet statt, wenn dem Appellanten noch keine Proceßpartei gegenüber steht, nicht minder wenn eine Klage vor der Verhandlung abgewiesen wird.

2) Wenn vom OG. ein Antrag zurückgewiesen ist, weil keine Justizsache vorliege, so muß dasselbe der dagegen eingewandten Appellation an das OAG. deferiren.

[6] Da zur Zeit noch gar kein wirklicher Civilproceß anhängig ist, den Appellanten daher auch kein Gegner als Proceßpartei gegenübersteht, die Appellanten vielmehr erst eine Entscheidung des Inhalts auswirken wollen, daß die in Rede stehende Angelegenheit bisher unrichtigerweise blos polizeilich behandelt worden sei, und zum gerichtlichen Verfahren verwiesen werden müsse, so kann es keinem Zweifel unterliegen, [7] daß die hierher gerichtete Berufung die Eigenschaft einer Extrajudicialappellation habe, wofür überdies auch der andere Grund entscheidend ist, daß der angefochtene Bescheid des OG. v. 9. Octbr. nur auf den einseitigen Antrag der Appellanten ergangen und, wie schon bemerkt, gleiche Natur mit der Abweisung einer Klage vor weiterer Verhandlung hat.

---

Beide Appellanten haben den Antrag gestellt, das OG. möge, unter Wiederaufhebung der gegen den Denunciaten Schweder ergangenen Verfügungen des Polizeiamtes, das Bäckeramt anweisen, das von ihm in Anspruch genommene Verbietungsrecht vor der beikommenden Gerichtsbehörde zu verfolgen. Die Appellanten verlangten also, daß das OG. die bisher polizeilich behandelte Sache für eine streitige Justizsache erklären solle. Die Competenz des OG. zu einer solchen Erklärung wurde in der vorausgeschickten Ausführung darauf gestützt, daß die Vorfrage, ob hier eine Justiz- oder eine Administrativ-Sache vorliege, vermöge der Bestimmung

in §. 15 d. V. v. 5. Juli 1820 zur richterlichen Entscheidung des OG. gehöre. Die gedachte Gesetzstelle bestimmt aber, wenn ein Streit darüber entstehe, ob in einer Wettesache ein gerichtliches Verfahren eintrete oder nicht, so solle derselbe durch einen Ausspruch des OG. entschieden werden. Daß nun ein Ausspruch dieser Art den Charakter einer richterlichen Entscheidung habe, das kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht bezweifelt werden und ist als die dem Gesetz zu Grunde liegende Ansicht um so unbedenklicher vorauszusetzen, weil sowohl das OG., als das in letzter J. für competent erklärte OAG. reine Justizbehörden sind. Wenn sonach die Appellanten, sei es mit Recht oder Unrecht, geltend machten, es liege hier ein unter die Bestimmung des angeführten §. 15 gehöriger Fall vor, so wurde das OG. von ihnen lediglich als r i c h t e r l i c h e Behörde angegangen,

vgl. Brantweinbrenner w. Brehmer. 25. Sept. 1829. (S. 1, 111.)

und wenn das OG. ihren Antrag zurückwies, weil es einen Fall des ang. §. 15 nicht für gegeben erachtete, und sich daher für incompetent hielt, so behält diese Entscheidung immer die Eigenschaft einer gerichtlichen, und steht völlig dem Falle gleich, wenn bei einem Gericht erster J. eine Klage angebracht und aus dem Grunde, weil der erhobene Anspruch keine Justizsache sei, abgewiesen wird. Abschlägige Entscheidungen können aber nicht schon deshalb, weil sie auf eben diesen Grund gestützt sind, zu unanfechtbaren werden, vielmehr bringen es die allgemeinen processualischen Grundsätze mit sich, daß sie so gut wie die aus anderen Gründen ergehenden Zurückweisungen gerichtlicher Anträge den gewöhnlichen Rechtsmitteln unterliegen. Die fragliche Entscheidung des OG. gehört daher, auch wenn man die Anwendbarkeit der speciellen Bestimmung des ang. §. 15 ganz dahin gestellt sein läßt, schon vermöge der generellen Vorschrift §. 14 zu denen, welche durch Berufung an das OAG. angefochten werden können.

Vgl. Meister w. Mattern. Nov. 1844. (S. 2, 237, p. 419. 420.)

## 450B. Schweder und Handelskammer, 14. Febr. 1863. S617W.

Erklärung der V. v. 5. Juli 1820, §. 15.[1])

Verwerfung: In Erwägung

1) daß der §. 15 der V. v. 5. Juli 1820 sich nur mit den Ausnahmsfällen beschäftigt, in welchen eine Berufung an das OAG. nicht stattfinden soll, und nicht angenommen werden kann, es habe hiebei durch einen gelegentlichen Zwischensatz eine in die principielle Stellung der Justiz- zu den Verwaltungsbehörden so tief eingreifende und so ungewöhnliche Bestimmung getroffen werden sollen, wie sie unverkennbar vorliegen würde, wenn dem OG. und dem OAG. als reinen Justizbehörden die Befugniß eingeräumt worden wäre, Competenzconflicte zwischen einer Gericht- und einer Polizeibehörde in allseitig bindender Weise zu entscheiden, also auch die Polizeibehörde bei etwaigen Uebergriffen in ihre Schranken zurückzuweisen, bei einer Vorschrift dieser Art auch nähere Bestimmungen über die Form des vorbereitenden Conflictverfahrens unentbehrlich gewesen wären;

2) daß vielmehr bei Aufnahme des zweiten Absatzes in Nr. 2 des §. 15 nur die Absicht vorausgesetzt werden kann, solche Fälle zu behandeln, wo eine Sache im gerichtlichen Instanzenzug an das OG. gelangt und die Zulässigkeit der Appellation aus dem Grunde bestritten wird, weil die Wette in erster J. die Sache nicht als Gericht, sondern als Polizeibehörde behandelt habe, in solchem Falle aber dem OG. die Befugniß gewahrt werden sollte, auf Grund der bisherigen Actenverhandlungen zu erkennen, in welcher Eigenschaft die Wette thätig geworden sei, und nicht etwa schon jenes Einwandes wegen über die Vorfrage seiner Competenz erst eine anderweite Conflictentscheidung veranlassen zu müssen; mit dieser Auffassung auch die von den jetzigen Appellanten angeführten Präjudicate des OAG.

Bergenträger w. Heringspacker, 18. Juni 1825 (Fehlt in S.), Wandbereitermeister Röhl u. Zernitz w. Wandbereitergesellen Zernitz, 18. April 1829

[1]) Vgl. j. GVG. §. 3.

(Fehlt in S.), Branntweinbrenneramt w. Brehmer, 25. Sept. 1829.

nicht in Widerspruch stehen, von denen der Inhalt des dritten in S. 1, 111. p. 270 nicht ganz genau wiedergegeben worden ist;

3) daß übrigens, auch wenn man der gedachten Stelle der V. v. 5. Juli 1820 eine weitere Bedeutung einräumen wollte, doch jedenfalls dem Ausdruck „Wettesachen" ein entscheidendes Gewicht beigelegt, und davon ausgegangen werden müßte, es habe nur für die bei der Wette als gemischter Polizei- und Gerichtsbehörde anhängigen Sachen und mit wesentlicher Rücksicht darauf, daß dieselbe wenigstens in der einen ihrer beiden Eigenschaften dem OG. untergeordnet war, diesem letzteren die ganz ungewöhnliche Function eines Competenzgerichtshofes übertragen werden sollen, so daß mit der Auflösung der Wette als Polizeibehörde auch die Möglichkeit einer ferneren Anwendung des Gesetzes und somit jene besondere Competenz des OG. als aufgehoben zu erachten sein würde.

---

# 1863.

## 451. Carsten u. Fennert w. Nittscher, 29. Jan. 1863. C103S.

Fällt die Bitte um Gestattung des Besitzes vor Beginn des Jahres vor Anstellung der Klage, so ist der Besitz nur dann fehlerhaft, wenn ein Zusammenhang zwischen der Bitte und den Besitzhandlungen des letzten Jahres nachgewiesen ist.

Erkenntniß des Obergerichts v. 3. October 1861. (J. F. Jena).

Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks einem Andern ohne eine Beschränkung hinsichtlich der Zeit, für welche es gelten soll, hinzuzufügen, die Erlaubniß giebt, den Weg über dasselbe zu nehmen, so liegt es in der Natur der Sache, daß diese Erlaubniß so lange fortgilt, bis sie zurückgenommen wird, und daß die bis dahin vorgenommenen einzelnen Acte der Benutzung des Weges auf sie zurückgeführt werden müssen. Es kann daher sehr wohl vorkommen, daß die Ertheilung der Erlaubniß und die in deren Folge vorgenommene Benutzung des Wegs viele Jahre auseinander liegen, und mithin noch eine bittweise Benutzung stattfindet, nachdem die Erlaubniß lange Zeit vorher erbeten und ertheilt worden war. Man kann daher dem Grunde des v. U., sämmtliche Zeugen sagten über eine von dem Kl. in in dem letzten Jahr vor angestellter Klage erbetene und ertheilte Erlaubniß nichts aus, nicht beipflichten. Denn die Benutzung des Weges in dem letzten Jahre würde auch noch als eine bittweise angesehen werden müssen, wenn sie in

Folge einer in einem der früheren Jahre dem Kläger ertheilten Erlaubniß geschehen wäre. Es würde dabei auch darauf Nichts ankommen, ob diese Erlaubniß dem Kl. von den Bekl. selbst oder von ihren Vorbesitzern ertheilt worden wäre, indem auch im letzteren Falle die Benutzung des Weges nur in Folge der ertheilten Erlaubniß geschehen sein würde und auch den Beklagten als den derzeitigen Besitzern gegenüber nur als eine bittweise angesehen werden müßte.

l. 3. §. 2. D. de itinere actuque priv. 43, 19.

Gründe zum Urtheil des Oberappellationsgerichts.

...Soviel die Frage betrifft, für welchen Zeitpunkt die Anbringung bzw. Gewährung von Bitten nachgewiesen werden müsse, um den im Besitzstreit verfolgten bzw. anerkannten Besitz des Klägers als fehlerhaft und zu richterlichem Schutze ungeeignet erscheinen zu lassen, so kann zwar

a. der in dem v. U. auf Grund von

l. 2. §. 3. D. de itinere. 43, 19.

ausgesprochenen Rechtsansicht, es genüge, wenn auch die Erlaubniß zur Benutzung des Weges vor dem der Klage vorangegangenen letzten Jahre bei den Vorbesitzern des dienenden Grundstücks nachgesucht und von denselben ertheilt sei, in solcher Allgemeinheit so wenig beigetreten werden, als der dem LGE. zu Grunde liegenden Ansicht, daß es schlechthin und lediglich darauf ankomme, ob auch in dem für den Besitzstreit entscheidenden letzten Jahre derartige Bitten erweislich stattgefunden haben. Vielmehr ist

b. in dieser Beziehung das entscheidende Gewicht auf die concreten Umstände zu legen und jedenfalls so viel erforderlich, daß zwischen den Besitzhandlungen des letzten Jahres und der in früherer Zeit nachgesuchten und ertheilten Erlaubniß irgend welcher Zusammenhang nachgewiesen oder doch erkennbar sei.

## 452. Riunione Adriatica di Sicurta zu Triest w. Walte, 26. März 1863. S619W.

Die Impugnationen in Lübeck setzen ein Widerspruchsrecht gegen die angefochtene Veräußerung oder Verpfändung voraus.

rat. 1... Die Natur des in Frage stehenden Rechtsinstituts bringt es mit sich, daß jede Impugnation sich auf ein Widerspruchsrecht gegen die angefochtene Veräußerung oder Verpfändung stützen muß, und die Existenz einer mit dem betreffenden Grundstück in gar keiner speciellen Beziehung stehenden persönlichen Forderung kann für sich allein, und ohne das Hinzukommen eines den Gläubiger gefährdenden Umstandes, ein solches Widerspruchsrecht nicht verleihen. Auch enthält die Stadt-BO. v. 6. Juni 1818 nicht nur nichts hievon Abweichendes, sondern dient durch die Unterscheidung eines zweifachen Verfahrens in den §§. 36 u. 38 und die Verweisung auf die Regeln des Arrestprocesses in letzterem Paragraphen nur zur Bestätigung jener Auffassung. Wenn es neuerer Zeit üblich geworden sein soll, auch solche Fälle, wo die Sicherstellung einer persönlichen Forderung der eben bezeichneten Art bezweckt wird, nach §. 36, anstatt nach §. 38 zu behandeln, so wird damit zwar dem Impugnanten die formelle Erleichterung gewährt, noch vor Ausbringung eines Arrestes zu vorläufiger Inhibition der Veräußerung seines Gegners zu gelangen, an der materiellen Begründung des Einspruches ändert sich aber Nichts, indem der §. 36 vom Impugnanten ohne Ausnahme die „Ausführung seiner Anfechtung", also da, wo ein Widerspruchsrecht nur in dem Vorhandensein eines Arrestgrundes beruht, eben auch den Nachweis dieses letzteren verlangt. Auch hat der Kl. für die Behauptung einer seiner Intention zur Seite stehenden Praxis der hiesigen Gerichte nicht den mindesten Beleg beizubringen vermocht.

## 453. Ehlers u. Gen., 454. Stuht Wwe u. Kinder w. Dorfschaft Dummersdorf, 28. März 1863. E121S620V.

Beurtheilung einer Beweisführung über den Flächeninhalt des Krebssee's bei der Verkoppelung von 1823, welcher, insonderheit auf Grund der sg. Kuntze'schen Karte, deren Echtheit und beweisende Kraft nachgewiesen wird, auf 3206 □ Ruthen angenommen worden ist.

## 455. Gähd u. Dielenträger w. Lüb.=Büch. Eis.=Ges., 23. April 1863. G222X.

Die V. v. 14. Oct. 1843 (VS. 11, S. 141), nach welcher zur See und stromabwärts einkommende Holzwaaren von den Dielenträgern zu bearbeiten sind, ist durch V. v. 13. Oct. bzw. 28. Oct. 1858 (VS. 18, S. 86; 25, S. 35) §. 1. modificirt, nach welcher von Schiffen, die vor dem Bahnhof liegen, und von Wagen, welche Güter an den Perron des EBGüterschuppens gebracht haben, die Entlöschung bzw. Abladung ausschließlich von Beauftragten der E.B.G. zu geschehen hat.

## 456. Bohl w. Knochenhauer, 11. Mai 1863. B501R.

Das Verbietungsrecht der Knochenhauer, dem Garbereiteramt und dessen Mitgliedern das Schlachten von Bollen zu verbieten, steht rechtskräftig fest.

## 457. Unv. Wolff w. Philippson Test.=Vollstr., April 1863.[1]) WV.

1) Aus der Annahme von häuslichen Diensten, welche um Lohn geleistet zu werden pflegen, kann je nach den Umständen des einzelnen Falles, die Eingehung eines stillschweigenden Vertrages geschlossen werden.

[1]) Weder endlich festgestellt, noch eröffnet, da die Sache in Befolgung von OAGO §. 73. Abs. 2. verglichen ward. Aber materiell Inhalt der Beschlüsse: also Palea!

2) Nach dem im lüb. Rechte wiederholten Princip des sächsischen Proceßrechts hat die Nichtbeantwortung der Klage im Ganzen wie im Einzelnen auch ohne specielle Androhung, und gleichgültig, ob eine Partei mit Sachwalt versehen war oder nicht, für sämmtliche, in der Klagschrift enthaltene, erhebliche Umstände die Fiction eines Geständnisses zur Folge.[1])

Die Klägerin verlangt mit ihrer einzigen Beschwerde in gegenwärtiger J. für die von ihr in dem Hause von weil. Levy Philippson geleisteten Dienste eine entsprechende Vergütung unter Verurtheilung in die Kosten erster und Vergleichung der Kosten zweiter und dritter J. Dieser Beschwerde mußte entsprochen werden, und zwar auf Grund einer Anwendung der beiden Rechtssätze, daß aus der Annahme von häuslichen Diensten, welche um Lohn geleistet zu werden pflegen, je nach den Umständen des einzelnen Falles die Eingehung eines stillschweigenden Vertrages geschlossen werden darf; und daß nach den im lübischen Rechte wiederholten Grundsätzen des sächsischen Proceßrechtes die Nichtbeantwortung der Klage im Ganzen wie im Einzelnen auch ohne specielle Androhung, und gleichgültig, ob eine Partei mit Sachwalt versehen ist oder nicht, für sämmtliche in der Klagschrift enthaltenen erheblichen Thatumstände die Fiction eines Geständnisses zur Folge hat. Der erste dieser Rechtssätze ist von dem OAG. bereits früher bei verwandtschaftlichen Verhältnissen in

B. Ton's Wwe Erben w. Krull, 31. Jan. 1843. S. 9, 174.

L. Elfeld Ehefr. w. Meister Test.-Vollstr. 18. Febr. 1852. (Nr. 303.)

der letztere in seiner Anwendung auf unvollständige Klagbeantwortungen in den lübecker Sachen

Heyn & Co. w. Nölting & Söhne, 11. Nov. 1839. (S. 2, 213. p. 317.)

Bollow w. Bollow, 22. April 1856. (Nr. 358A.)

---

[1]) S. j. CPO. §. 7 u. oben p. 289, Not. 1.

Riesland w. Hammonia Güterpfl. 13. Febr. 1862.
S. 39. (Nr. 437A p. 297.)

zur Anwendung gebracht bzw. näher entwickelt worden.

Während sich nämlich in Ansehung der Streitfrage, ob derartige häusliche Dienste, wenn sie von Hauskindern oder von Kindern überhaupt geleistet sind, zu einer Lohnforderung berechtigen, die neueste Rechtsprechung für die Verneinung entschieden hat,

OAG. zu Celle, S. 1, 354; 15, 135; 7, 196.
OAG. zu Jena, S. 8, 59.
OAG. zu Rostock, Buchka u. Budde, Entsch.
B. 4. 1862. Nr. 58.

hängt in dem Falle, wo die Dienstleistungen von sonstigen verwandten oder verschwägerten Personen ausgegangen sind, die Frage, ob sie für unentgeltlich erachtet werden müssen, ganz und gar von den Umständen des einzelnen Falles ab, und kam bei der Würdigung des vorliegenden Folgendes entscheidend in Betracht.

1) Die Klägerin war beim Eintritt in das Haus ihres Schwagers ein lediges Frauenzimmer von etwa 50 Jahren, welches bis dahin in Hamburg verschiedentlich als Näherin und sonst für Geld gearbeitet hatte. Dieser Thatumstand ist bei dem Schweigen in der Vernehmlassung als zugestanden, und damit als erwiesen anzusehen, daß die Kl. eine Person war, welche sich durch ihrer Hände Arbeit den Lebensunterhalt verdiente. Zwar würde es für die Beurtheilung der neuen Stellung derselben von Interesse gewesen sein, wenn die Beschäftigungen, welchen sie sich, abgesehen vom Nähen, in Hamburg ergeben hat, näher angegeben und in rechtliche Gewißheit gesetzt wären. Dahin gehört namentlich der in j. J. geltend gemachte Umstand, daß sie bereits vor ihrer Uebersiedelung nach Moisling in Hamburg die Dienste einer Haushälterin gegen Lohn versehen habe — welcher jedoch nicht als zugestanden angesehen werden darf, da das oberwähnte Princip des lübischen Proceßrechtes weder in Lübeck bei den folgenden Proceßhandlungen, noch bei dem OAG. überhaupt zur Anwendung kommt. Allein selbst

dann, wenn die Dienste einer Haushälterin von der Kl. früher nicht geleistet sein sollten, würde dennoch, in Berücksichtigung, daß von Frauen beschaffte Lohndienste weniger streng gesondert zu sein pflegen und vielfach in einander übergehen, die bisherige Beschäftigung der Klägerin für ausreichend erachtet werden müssen, um, von besonderen entgegenstehenden Momenten abgesehen, anzunehmen, es sei ihre Absicht gewesen, dieses Leben in gleicher oder ähnlicher Weise fortzusetzen. Diese Absicht allein, welche in der Klagschrift erklärt ward und unbeantwortet blieb, ist jedoch für die Annahme eines stillschweigenden Vertrages unzureichend, da sie ihrem Schwager gegenüber nicht äußerlich zu erkennen gegeben ist. Es bedarf also anderer Umstände, um aus ihnen den Abschluß eines stillschweigenden Vertrages zu entnehmen. In dieser Beziehung sind

2) von großer Erheblichkeit zwei Momente. Einmal die Leistung gewisser Dienste, und zweitens, entweder das von dem Dienstherrn ausgesprochene Verlangen dieser Leistung, oder dessen dringendes Bedürfniß, derartige Dienste sich leisten zu lassen. Nun hat aber

a) die Kl. angegeben: „Von 1842 bis 1857, wo ihr Schwager verstorben sei, habe sie alle ihre Kräfte dem Hausstande des Schwagers, anfangs in Moisling, später in Lübeck, gewidmet; sie habe das Kochen, und zwar sowohl das Frühstück (Kaffee, Thee) wie das Mittagsbrod und Abendessen, und ferner das Aufwaschen, das Reinmachen der Zimmer und selbst der Diele, die Instandhaltung der Kleidung, das Nähen, Stopfen, Flicken für die Familienglieder ꝛc. besorgt,“ — Aeußerungen, welche durch die mehr zum Uebergang dienende Bemerkung, die Kl. sei in gleicher Stellung wie in Hamburg bei ihrer Schwester eingetreten, in keiner Weise verdunkelt werden. Nicht minder macht die Kl.

b) geltend, daß ihre Schwester damals nnd später sehr kränklich gewesen und insbesondere an schwacher Brust und schwachen Augen gelitten habe, daß es ihr sogar ärztlich untersagt gewesen, zu kochen oder sonst im Hausstand mit Hand anzulegen; daß in demselben nur ein meistens unerfahrenes Dienstmädchen gehalten worden, und daß jener

Hausstand aus den Eheleuten Philippson und deren beiden Neffen bestanden habe.

Beide Umstände mußten wegen Nichtbeantwortung als eingestanden angesehen werden. Zwar hat

c) der Bekl. sich in seiner Vernehmlassung dahin ausgelassen, „die Kl. sei wegen Unfähigkeit zu Arbeiten und Krankheit von Hamburg nach Moisling zurückgegangen, und habe sich in dem Hause des Onkels gegen dessen Wunsch und Willen eingenistet. Nicht nur habe der Onkel ihr mehrfach die Thüre gewiesen, er habe sie auch zu öfteren Malen hinausgeworfen. Trotzdem sei sie unverwüstlich gewesen, später einmal, 1849 oder 1850, für einige Zeit wirklich ausgewiesen, allein wiedergekehrt und nunmehr nicht wegzubringen gewesen." Diese Auslassungen können jedoch sehr wohl neben dem Zugeständniß der von der Kl. behaupteten Thätigkeit Bestand haben. Ganz abgesehen davon, ob die „Unfähigkeit zu Arbeiten" in der Duplikenschrift und später zulässigerweise in „Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit" verwandelt werden konnte, so ist jedenfalls diese Auslassung, zumal in ihrer Verbindung mit dem Wegzug von Hamburg und bei dem gänzlichen Mangel jeder Angabe über die Art und die Dauer dieser Unfähigkeit, viel zu zweifelhaft und unbestimmt, um in ihr eine klare Verneinung der detaillirten, unter Nr. a. ersichtlichen Anführungen der Kl. finden zu können. Nicht minder sind die ferneren Angaben des Bekl. ungeeignet zu einem sichern Schluß auf das Nichtvorhandensein der Absicht zu contrahiren, da die darin enthaltene Andeutung wiederholter Ausbrüche von Unzufriedenheit in dem Hausstande von Levy Philippson eine sonst etwa vorhandene Verpflichtung desselben zur Lohnzahlung nicht beseitigen würden, indem eine Herrschaft, welche sich veranlaßt findet, ihren Dienstboten oder Haushälterinnen die Thür selbst realiter zu weisen, und dennoch später ihre Dienste sich leisten läßt, schwerlich ihrer contractlichen Verpflichtungen durch die gedachte Behandlung sich entledigt. Eben so wenig konnte

d) der Umstand Berücksichtigung finden, daß der Bekl. in der Duplikenschrift und in der Vernehmlassung gegenw. J. die Behauptung aufstellt, das Dienst-

mädchen habe für die Bedürfnisse des kinderlosen Hausstandes ausgereicht, „zumal da die Ehefrau, von Jugend auf an Thätigkeit gewöhnt, in Küche und Haus sich vielfach beschäftigt habe.“ Das fingirte Geständniß der Unfähigkeit der Ehefrau zur Führung des Hausstandes konnte nicht durch abweichende Angaben, sondern nur auf dem Wege einer hier nicht gebetenen Restitution beseitigt werden. Schließlich bedurfte auch

e) der an sich sehr erhebliche und in der Vernehmlassung durchgängig geleugnete Umstand, daß die in Rede stehenden Dienste der Kl. beim Eintritt derselben in das Haus ihres Schwagers, bei dessen Umzug von Moisling nach Lübeck und endlich bei ihrem Wiedereintritt nach dem Zerwürfniß, welches einen kurzen Aufenthalt der Kl. in Moisling veranlaßt hatte, auf Verlangen von Levy Philippson geleistet seien, keiner Aufklärung im Wege des Beweises. Denn wie sehr auch immer dieser Umstand zur Verstärkung der Annahme einer Verpflichtung desselben dienen möchte, dieselbe ergiebt sich schon ausreichend aus den als eingestanden anzusehenden Thatumständen der Dienstleistung und ihrer Nothwendigkeit, sobald sich

4) ergeben sollte, daß es an Momenten, welche gegen die Schlüssigkeit gedachter Umstände in Betracht zu ziehen wären, gänzlich fehlt. In dieser Beziehung kommt es besonders in Betracht, daß von den Bekl. nicht hat behauptet werden können, die Kl. habe außer Kost und Wohnung auch Kleidung von ihrem Schwager erhalten, oder Geschenke, welche ihrem Gehalt nach darauf hindeuten würden, er habe nicht beabsichtigt, mit seiner Schwägerin in einem dienstcontractlichen Verhältniß zu stehen. Denn die Angabe in der Vernehmlassung, daß die Kl. jedoch erst seit 1849 oder 1850, wo bereits ein namhafter Theil des eingeklagten Lohnes verdient war, eine bedeutende wöchentliche Unterstützung von Verwandten empfangen habe, konnte dem Schwager der Kl. um so weniger zu statten kommen, als, wenn man ihn auch zu den Verwandten zählen wollte, in der Duplikenschrift eine Bemerkung sich findet, wonach Levy Philippson zu der gedachten Unterstützung etwa 8 Sch.

wöchentlich beigetragen haben kann — ein Beitrag, welcher überdies noch nicht einmal in rechtliche Gewißheit gesetzt ist. Eben so wenig ist von Bedeutung die Angabe der Klagschrift, „der Erblasser habe ihr bei der Rückkehr von der Leipziger Messe ein unbedeutendes Geschenk, meistens ein Tuch, einen Umhang oder dergl., gemacht," und „während ihres Aufenthalts in Moisling ihr vier Fuder Torf verabreicht." Das Erstere ist stillschweigend, das Zweite durch die Bemerkung der Vernehmlassung eingeräumt, die Kl. habe seit ihrem Aufenthalt in Moisling von ihrem Schwager wiederholt Feuerung erhalten, und beruhen demnach die abweichenden späteren Auslassungen und Angaben in den Acten in Betreff dieser Feuerung auf sich. Allein dieses Alles ist ebenso ungeeignet, um als Aequivalent des Lohnes für die von der Kl. geleisteten Dienste in Betracht zu kommen und die Annahme einer stillschweigenden Einigung über dessen Leistung zu beseitigen, wie die seit 1849 oder 1850 alle acht oder alle vierzehn Tage auf zwei oder drei Tage mit Zustimmung des Schwagers für religiöse Bedürfnisse erfolgte Abwesenheit der Kl.

Es erübrigt daher nur noch

5) die Feststellung des von der Kl. auf 100 M. angeschlagenen, von dem Beklagten in Ansehung dieser Höhe bestrittenen Lohnes. Erwägt man nun die nach Nr. 3 a. u. b. von der Kl. in dem Hause ihres Schwagers eingenommene Stellung einer Haushälterin und deren, in Verhältnissen wie das vorliegende übliche Salair, insbesondere auch den Lohn, welchen eine Köchin der Regel nach hierselbst empfängt, so würde an sich der geforderte Betrag gerechtfertigt erscheinen können. Zieht man dagegen außerdem die nach Nr. 4 von dem Schwager in späterer Zeit geleistete Beihülfe und namentlich auch den Umstand in Betracht, daß die Kl. seit 1849 oder 1850 ihrer eigenen Angabe nach alle vierzehn Tage von Freitag bis Sonntag, spätestens Montag in Moisling sich aufgehalten hat, während von Seiten des Bekl. die Abwesenheit allwöchentlich behauptet und um einen Tag verlängert wird, so mußte, ohne daß es einer weiteren Beweisführung über diesen zum Richterermessen verstellten Punkt bedurft hätte, eine angemessene Abminderung der Forderung

gerechtfertigt erscheinen, und war dieselbe unter Verurtheilung des Bekl. in die Kosten erster I., und Vergleichung der in den folgenden I. erwachsenen Kosten wegen Wechsels der Erkenntnisse überhaupt auf jährlich 75 CrtM. zu fixiren.

---

## 458. Unv. Dose w. v. Duhn, 14. Juli 1863. D173R.

Der Empfänger eines Briefes erwirbt dessen Eigenthum. p.

---

## 459. Mahncke Tochter w. Prüßmann j. Erben z. S. Pr. E. w. Dorendorf Vorm., 28. Nov. 1863. M377Z.

Söhne und Töchter von Halbgeschwistern werden nach dem rev. lüb. Stat. v. 1586 und heutzutage [1]) von den Großeltern des Erblassers in der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

1) Ober-Gerichts-Erkenntniß (I. F. zu Rostock).

Das rev. lüb. Stadtrecht v. 1586 2, 2. Art. 1. beruft die Verwandten zur Intestaterbfolge in folgenden Klassen: 1) Kinder, 2) Kindeskinder, 3) Geschwister, 4) Eltern, 5) Halbgeschwister, 6) Großeltern, 7) Geschwister der Eltern, 8) Kinder der Geschwister der Eltern.

Appellant glaubt die Erbschaft des Johann Heinrich Dorendorf für seine Tochter mit Ausschließung des mütterlichen Großvaters in Anspruch nehmen zu können, weil dieselbe als Tochter einer Halbschwester des ꝛc. Dorendorf kraft des Repräsentationsrechtes in der fünften Klasse berufen sei.

---

[1]) D. h. bis zum G. v. 15. Febr. 1862, welches §. 17. Nr. 4. 5. die Kinder, d. h. die Söhne und Töchter von Halbgeschwistern vor den Großeltern ausdrücklich beruft.

Allerdings räumen ältere Bearbeiter des lüb. Erbrechtes den Halbgeschwisterkindern den Vorzug vor den Großeltern ein.

Mevius, Comm. ad jus lub. 2, 2. art. 1. nr. 67 sq.
Stein, Abh. d. lüb. Rechts. Th. 2. S. 403.
Mehlen, Die gesetzliche Erbfolge nach lüb. Recht. S. 120.

Sie gründen diesen Vorzug auf das Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder, weichen aber von einander insofern ab, als einige dieses Recht schon im rev. StR. v. 1586 enthalten wähnen,

Mevius, Comm. ad jus lub. 2, 2. art. 1. nr. 20 sq.
Brokes, Observ. for. nr. 519.
Mehlen, a. a. O. S. 105. 119.

[2] Andere dagegen annehmen, daß dasselbe zwar dem revidirten wie dem älteren Stadtrechte fremd, aber dessen ungeachtet mit Rücksicht auf den RA. v. 1521 §. 19 von der Praxis eingeführt worden sei.

Stein, a. a. O. S. 390.
Lamprecht (Pr. Hartmann), D. de jure Saxonico et Lubecensi qua repraesensationem in succ. collateral. explantibus. Kiel 1736. §. 29.
Krohn, Versuch die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geburth vor der halben ꝛc. Lübeck, 1746. S. 153. 160.

Was die erstere Meinung betrifft, so bedarf dieselbe, insbesondere der aus Art. 7 und 22 des rev. StR. 2, 2. entlehnte Beweis, nach den Ausführungen von

Pauli, Abh. a. d. lüb. R. Th. 3. S. 79. 126.

einer weiteren Widerlegung um so weniger, da Appellant selbst diese Meinung verwirft. Das rev. StR. beruft die Geschwisterkinder keineswegs in der 3. und 5. Klasse, sondern weist denselben in Art. 18 und 19 des angeführten Titels, wenn sie vollbürtiger Geschwister Kinder sind, zwischen der 6. und 7., wenn sie halbbürtiger Geschwister Kinder sind, zwischen der 7. und 8. Klasse ihre Stelle an. Die Intervention des Appellanten würde daher, wenn sie ledig-

lich nach dem rev. StR. zu beurtheilen wäre, als unbegründet verworfen werden müssen.

[3] Was sodann die zweite der oben erwähnten Meinungen anlangt, so unterliegt es allerdings keinem Zweifel, daß das Repräsentationsrecht nicht bloß der Descendenten, sondern auch der Geschwisterkinder in Lübeck, ungeachtet der entgegenstehenden Bestimmungen des Stadtrechts, gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt und die Intestaterbfolgeordnung des rev. StR. modificirt hat. Da aber das Verhältniß der Geschwister und Geschwisterkinder zu den Ascendenten im lübeckischen StR. anders als im r. R. geordnet ist, so entsteht die weitere Frage, ob die Modification des lübischen Intestaterbrechts durch das Repräsentationsrecht sich auf das Verhältniß der Geschwister und Geschwisterkinder zu einander beschränkt, oder auch das Verhältniß derselben zu den Ascendenten ergreift. Die oben angeführten älteren Schriftsteller nehmen ohne weitere Begründung das Letztere an, und räumen demgemäß den Kindern vollbürtiger Geschwister vor den Eltern, den Kindern halbbürtiger Geschwister vor den Großeltern den Vorzug ein, auch wenn sie nicht mit Geschwistern concurriren. So lange indessen nicht feststeht, daß das Gewohnheitsrecht sich für diese ausgedehnte Wirksamkeit des Repräsentationsrechts entschieden habe, verdient die entgegengesetzte, von Pauli a. a. O. S. 77. f. vertheidigte Ansicht den Vorzug, weil bei correctorischen Gesetzen und Gewohnheitsrechten im Zweifel die geringere Abweichung vom älteren Rechte anzunehmen ist.

[4] Daß nun das Gewohnheitsrecht für den Vorzug der Vollgeschwisterkinder vor den Eltern und der Halbgeschwisterkinder vor den Großeltern sich entschieden haben sollte, ist schon deshalb unglaublich, weil dieser Vorzug nicht minder dem römischen, als dem lübischen Recht widerstreitet. Mag man die Annahme des Repräsentationsrechtes mehr der formellen Auctorität des RA. v. 1521 und des Kaiserl. Edicts v. 27. Nov. 1521 (N. Samml. d. RA. Th. 2. S. 206 und 210), oder mehr der romanisirenden Richtung der Rechtsgelehrten des siebzehnten Jahrhunderts beimessen, jedenfalls ist dieselbe nur in dem Sinne erfolgt, das fragliche Recht

in seinem gemeinrechtlichen Umfange zur Geltung zu bringen. Daher könnte bei Vollgeschwisterkindern die Annahme des Repräsentationsrechts in Beziehung auf Aszendenten höchstens die Folge haben, daß jene neben diesen zur Erbfolge gelangen, wie auch in dem vom Appellanten vorgelegten OG.-Erk. v. 17. Dec. 1859 ausgesprochen ist, bei Halbgeschwisterkindern dagegen müßte der sowohl im römischen als lübischen Recht anerkannte Vorzug der Großeltern auch nach Annahme des Repräsentationsrechts Platz greifen.

In der That ist nicht einmal ein einzelnes Erkenntniß, geschweige denn ein Gerichtsgebrauch, wodurch den Vollgeschwisterkindern vor den [5] Eltern oder den Halbgeschwisterkindern vor den Großeltern der Vorzug zugesprochen worden, von dem Appellanten nachgewiesen oder gerichtsbekannt. Insbesondere kann das Senatsattest v. 4. März 1758 nicht hieher gezogen werden, welches bekundet:

„Daß — — wenigstens von 1605 her beständig — — das Vertretungsrecht bei Brüder- und Schwesterkindern allhier in Consideration gekommen, dergestalt, daß diese an ihrer Eltern Stelle getreten, und nicht nur mit ihrer verstorbenen Eltern Geschwistern zur Erbfolge gekommen, sondern auch kraft dieses Rechts ihrer verstorbenen vollbürtigen Eltern halbbürtige Brüder und Schwestern ausgeschlossen."

Denn wenn auch der Wortlaut desselben die Deutung zuließe, daß die Geschwisterkinder in jeder Hinsicht, also auch im Verhältniß zu den Ascendenten, die Stelle der Geschwister einnehmen, so erhellt doch aus der Anfrage, welche obiges Attest veranlaßte,

vgl. Brokes, Obs. for. nr. 520.

daß das Verhältniß zu den Ascendenten gar nicht in Frage stand, mithin der Senat hierüber sich auszusprechen weder veranlaßt war, noch beabsichtigte.

Der einzige Umstand, welcher für die Existenz des vom Appellanten behaupteten Gerichtsgebrauchs mit einigem Schein angeführt werden kann, besteht darin, daß den [6] Vollgeschwisterkindern der Vorzug vor den Halbgeschwistern zugestanden wird. Wenn nämlich die Annahme des Repräsentationsrechts die Folge gehabt hat, den im rev. StR. den

Halbgeschwistern nachgesetzten Vollgeschwisterkindern den Vorzug vor denselben zu verschaffen, so beschränkt sich die Wirkung des Repräsentationsrechts nicht auf das Verhältniß der vollbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder, oder der halbbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder unter einander, sondern es wirkt die Gleichstellung der vollbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder auch auf die inmitten stehende Klasse der Halbgeschwister ein; es gewinnt daher den Anschein, als sei das Princip anerkannt, daß die Gleichstellung der Geschwister und Geschwisterkinder nicht bloß relativ für diese, sondern absolut auch für die übrigen Klassen wirke, aus welchem Princip sodann der Vorzug der Halbgeschwisterkinder vor den Großeltern abzuleiten stehe.

Daß nach heutigem lübischen Rechte Vollgeschwisterkinder den Halbgeschwistern vorgehen, muß ungeachtet der gegentheiligen Ausführung von Pauli a. a. O. S. 8. ff. zugegeben werden. Das eben erwähnte Senatsattest bezeugt diesen Vorzug mit Bestimmtheit, und die Bedenken, [7] welche Pauli aus der Entstehungsgeschichte des Attestes gegen die Beweiskraft desselben ableitet, verschwinden bei der Erwägung, daß der fragl. Vorzug nicht bloß in Lübeck, sondern auch in andern Gegenden, welche sich lübischen Rechts bedienen, mit Annahme des Repräsentationsrechts sich festgestellt hat, namentlich in den holsteinischen Städten,

vgl. Respons d. Kieler JF. von 1734 bei Lamprecht, l. c. p. 36. 39.

und in Pommern,

vgl. Entsch. d. Königl. Preuß. Gesetz-Commission v. 1789 bei Gesterding, Analecta juris Lubecensis p. 114.

Dagegen ist nicht zuzugeben, daß aus dem Vorzuge der Vollgeschwisterkinder vor den Halbgeschwistern auf den Vorzug der Halbgeschwisterkinder vor den Großeltern ein Schluß gezogen werden könne. Jener beruht auf einem Siege der Erbfolgeordnung des r. R. über die entgegenstehende Vorschrift des lübischen StR. Er beweist demnach höchstens, daß mit Annahme des Repräsentationsrechts die Geschwisterkinder auch gegenüber Ascendenten in diejenige Stelle getreten sind, welche ihnen das r. R. anweist.

Halbgeschwisterkinder nehmen mithin auch nach heutigem lübischen Rechte beim Zusammentreffen mit Großeltern ihre [8] Stelle hinter Letzteren ein. Ob dasselbe auch dann anzunehmen sei, wenn sie mit Großeltern und Halbgeschwistern zusammentreffen, kann in der vorliegenden Sache dahingestellt bleiben.

2. Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck. Bestätigung in Erwägung:

daß die Abweisung des Intervenienten mit dem Antrage, ihm für seine Tochter den gesammten Nachlaß des Johann Heinrich Dorendorf zuzuerkennen, in den EG. z. angef. Erk. bereits ihre Rechtfertigung gefunden hat,

insbesondere es zwar als richtig anerkannt werden muß, daß wenn durch Gesetz oder Gewohnheit einem neuen Rechtsprincip eine generelle und unbeschränkte Anerkennung zu Theil geworden ist, eben damit alle demselben widersprechenden Satzungen des älteren Rechts für aufgehoben erachtet werden müssen;

vorliegend aber die Frage gerade die ist, ob in Lübeck das dem rev. StR. noch unbekannte Princip, daß bei der Intestaterbfolge die Kinder verstorbener Voll- und Halbgeschwister an die Stelle ihrer Eltern treten, zur allgemeinen und durchgreifenden Rechtsregel erhoben worden ist;

und dies nicht schon um deswillen bejaht werden kann, weil den Geschwisterkindern, auf Grund des s. g. Repräsentationsrechtes, gewissen Kategorien von Verwandten gegenüber, durch die Praxis ein, nach dem rev. St.R. ihnen nicht zukommendes, vorzüglicheres Erbrecht eingeräumt worden ist;

vielmehr im Falle eines, durch die Gesetzgebung nicht nicht gelösten Conflicts zwischen neu eindringenden Rechtsanschauungen und dem geschriebenen Rechte, wie er hier vorliegt, es immer darauf ankommt, wie weit nachweisbar das letztere durch entgegenstehende Uebung außer Kraft gesetzt worden ist;

daß nun das Senatsattest vom 4. März 1758 zwar

im Eingange sich dahin ausspricht, daß „wenigstens von 1605 her beständig und ohne die geringste Interruption das Vertretungsrecht bei Brüder- und Schwesterkindern in Consideration gekommen,“ als wirklich vorgekommene Anwendungsfälle jedoch nur namhaft macht, daß die Brüder- und Schwesterkinder „nicht nur mit ihrer verstorbenen Eltern Geschwistern zur Erbfolge gekommen, sondern auch — ihrer verstorbenen Eltern halbbürtige Brüder und Schwestern ausgeschlossen;“

und daher nur insoweit eine das Vertretungsrecht anerkennende Praxis durch dasselbe bezeugt wird, während jener allgemeiner lautende einleitende Satz offenbar nur dazu dienen soll, die beiden speciellen Bestimmungen, welche hiernächst als wirklich zur Geltung gelangt angeführt werden, zu erklären und auf ein juristisches Princip zurückzuführen;

übrigens selbst wenn das Attest in einem allgemeineren Sinne aufzufassen sein sollte, doch jedenfalls in Berücksichtigung der einschlagenden Reichsgesetzgebung, — KGO. v. 1500. Tit. 18. Art. 19. RA. v. 1521. §. 17. 18. Edict des Reichsregim. v. 27. Nov. 1521. — in welcher der Ausgangspunkt und rechtfertigende Grund für eine von den positiven Bestimmungen des rev. Stat. abweichende Rechtsübung gefunden wurde,

vgl. z. B. Stein, Einl. z. lüb. Rechtsgel. §. 194. S. 241. 244.

würde angenommen werden müssen, daß das Repräsentationsrecht nur insoweit in jenem Atteste habe Anerkennung finden sollen, als dadurch eine Annäherung an das gemeine Recht herbeigeführt werden konnte,

während man sich ebenso mit diesem wie mit dem bestehenden Particularrechte in Widerspruch gesetzt haben würde, wenn man, auf Grund des Vertretungsrechtes, den Halbgeschwisterkindern den Platz vor den Großeltern des Erblassers hätte einräumen wollen;

daß endlich in den vom Appellanten in Bezug genommenen Stellen des (inmittelst zur Annahme gelangten) Entwurfs eines Gesetzes, das Erbrecht der Eheleute und Bluts-

freunde ꝛc. betreffend [1]), so wenig als in den Motiven [2]) zu demselben ein Zeugniß über die behauptete Ausdehnung des Repräsentationsprincips in dem bisherigen Rechte gefunden werden kann.

[1]) Der Entw. §. 20. Nr. 4. 5. stimmt mit dem Ges. §. 15. Nr. 4. 5. dessen Inhalt in Note 1. zu S. 368 angegeben ist, wörtlich überein, beruft also die Söhne und Töchter von Halbgeschwistern vor den Großeltern.

[2]) Die Motive zu §. 20 lauten: Die durch diesen Artikel angeordnete gesetzliche Erbfolge der Blutsfreunde entspricht im Wesentlichen dem jetzigen Rechte. Nur sind jetzt allgemein Vater und Mutter den Vollgeschwistern vorangesetzt und ist das Repräsentationsrecht bei Geschwisterkindern dergestalt geordnet, daß Vollgeschwisterkinder nur zugleich mit Vollgeschwistern und Halbgeschwisterkinder zugleich mit Halbgeschwistern, nicht aber Vollgeschwisterkinder zugleich mit Halbgeschwistern (vgl. Pauli Abh. 3. S. 85.) berufen werden. Ueberdies würde in der sechsten Abtheilung, in welcher künftig die Nähe des Grades nach römischer Gradzählung, und zwar ohne Rücksicht auf die volle oder halbe Geburt, allein entscheiden soll, die Beibehaltung der statutarischen Erbfolge unter Umständen ein anderes Ergebniß herbeigeführt haben.

## 1864.

### 461. Frese w. Müller, 30. April 1864. F173V.

Erklärung der in einen Pachtvertrage, welcher nach Maaßgabe einer Karte abgeschlossen war, enthaltenen Reservats der Torfmoore dahin, daß Verpachter nicht befugt sei, an beliebigen Plätzen auf dem Gute Torf zu stechen, sondern auf die in der Karte angegebenen Moore wiewohl unter Berücksichtigung der seit Anfertigung der Karte bis zum Abschluß des Vertrags vorgenommenen Veränderung beschränkt sei.

Der Bekl. verlangt in der Hauptsache zunächst die Abweisung der Klage, eventuell eine Beweisauflage an den Kl., die Intention der Contrahenten bei Abschluß ihres Pachtvertrages sei, abweichend von dessen [2] in §. 3 Nr. 3 enthaltenen Bestimmungen, dahin gegangen, daß das Torfreservat auf die in der Gretzler'schen Karte verzeichneten Torfmoore beschränkt werde. Beides war zu verwerfen. Den a. a. O. vorkommenden Worten: „Es werden ausgeschieden sämmtliche auf dem verpachteten Gute befindliche Torfmoore, Torfschuppen und Trockenplätze nebst Einrichtungen u. s. w." konnte nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß dem Verpächter das Recht des ausschließlichen Torfstichs auf dem ganzen Gut nach freier Willkür eingeräumt worden sei. Mag man es auch sprachlich zweifelhaft nennen, ob „Torfmoor" die Bedeutung habe von „Torfgrund," so spricht gleichwohl die Verbindung der „Torfmoore" mit den „auf dem Gute befindlichen .... Torf-

schuppen und Trockenplätze" für eine auf Erhaltung eines bereits bestehenden Zustandes [3] gerichtete Absicht der Contrahenten. Ist aber die Errichtung neuer Torschuppen rc. dem Verpächter nicht ausdrücklich eingeräumt, so wird ihm auch die Eröffnung neuer Torfgründe nicht haben gestattet werden sollen. Dieses Ergebniß erhält eine erhebliche Unterstützung durch den Inhalt von §. 3 Nr. 1, wo dem Verpächter gestattet wird, nach vorgängigen Bohrungen rc. Ziegelerde von bebauten Pachtäckern, jedoch nur gegen Entschädigung zu entnehmen. Denn es müßte sehr auffallend genannt werden, wenn der, der Natur der Sache nach aus der Gewinnung der Ziegelerde hervorgehende bei Weitem geringere Schade dem Pächter ersetzt werden sollte, und es andererseits der Wille der Contrahenten gewesen wäre, daß der Verpächter ohne Entschädigung auf dem ganzen Gute beliebig Torf zu stechen befugt sein solle. Eine derartige Auffassung würde den [4] Pächter der Willkür des Verpächters zumal dann, wenn auf der Mehrzahl der zum Pachtgut gehörigen Grundstücke, insbesondere der Wiesen, Torf zu finden sein sollte, in einem so hohen Grade überliefern, daß die Feststellung einer nach der Lastenzahl bemessenen Pachtsumme, ohne sonstigen Vorbehalt, sich überall nicht begreifen lassen würde. Auch wird der Kl. gegen diese Willkür durch die Grundsätze des guten Glaubens, welche eine chicanöse und mit wirthschaftlichen Grundsätzen unvereinbare Ausbeutung verböten, durchaus nicht geschützt. Denn die Ausbeutung der Torflager hängt wesentlich ab von dem Umfang des Ziegeleibetriebes und der Conjunctur in Betreff der Torfpreise. Sollte es also hiernach dem Verpächter angemessen scheinen, eine außergewöhnliche Ausbeutung vornehmen zu lassen, so würde er daran durch die angegebenen [5] Grenzen schwerlich behindert. Hiernach ist es das argumentum ab absurdo, welches der Erklärung, die der Bekl. den angezogenen Worten giebt, entgegensteht, und bei deren in so weit ausreichender Klarheit eine Beweisauflage wie Nachlassung unthunlich erscheinen läßt.

Der Kl. hat in gegenw. J. sich in der Hauptsache über die Aufhebung des LGErk. und die im v. U. ihm ge-

machte Beweisauflage beschwert. Es ist daher zu untersuchen, ob der Kl. befugt sei, den Bestand der Torfmoore &c. zur Zeit, wo die Gretzler'sche Karte aufgenommen ward, oder zu der Zeit, wo er mit dem Bekl. den Pachtcontract abschloß, in Anspruch zu nehmen, und im letzteren Fall wiederum, ob sich der Torfstich auf den Grundstücken, wo er nach Aufnahme der Karte begonnen war, [6] innerhalb der Grenzen zu halten habe, bis zu welchen er bei Abschluß des Vertrages gediehen, bzw. die Anlegung eines Trockenplatzes veranlaßt hatte, oder ob er sich über diese sämmtlichen Wiesen erstrecken und erforderlichenfalls die Anlegung neuer Trockenplätze veranlassen dürfe. Unter diesen Alternativen war die letzte, für welche sich das vorige U., wie sich theils aus der Fassung des dem Kläger auferlegten Beweises, theils aus der in den EG. ersichtlichen Definition eines Torfmoors ergiebt, entschieden hat, zu verwerfen. Es spricht nämlich schon Vieles dafür, daß die in §. 2 des Pachtvertrages als allgemeine Norm für die Verpachtung bezeichnete Gretzler'sche Karte nebst Vermessungsregister, dessen Rubriken mit den dem Pächter in §. 2 überwiesenen Grundstücken übereinstimmen, in gleicher Weise bei den Reservaten des Verpächters, [7] die in dem Register gleichfalls speciell erwähnt sind, also auch bei dem der Torfmoore, dessen in §. 3, Nr. 3 gedacht ist, als Maßstab angelegt werde. Denn wenn gleich a. zuletzt a. O. eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Karte sich nicht findet, so konnte dieselbe gleichwohl durch die Worte des §. 2, „solches Alles mit Ausnahme der nachstehend stipulirten Reservate" ersetzt werden. Es ist nämlich kein Grund abzusehen, weshalb, wenn für das „Alles" die gedachte Karte zum Grunde gelegt werden sollte, dieses nicht auch bei der Ausnahme, den Reservaten, eintreten müßte. Wollte man jedoch das in §. 3, Nr. 3 vorkommende Wort „befindliche" im Interesse des Zustandes zur Zeit des Pachtabschlusses besonders betonen, und, wie in den Gründen zum v. U. geschehen, der in §. 2 vorkommenden, in derartigen [8] Contracten regelmäßig wiederkehrenden, zum Ausschluß nachtheiliger Folgen von Irrthümern bei der Vermessung dienenden Clausel „ohne eine bestimmte □Ruthen- oder Scheffel-

zahl, einen bestimmten Einfall und einen bestimmten Ertrag zu garantiren," eine Bedeutung für die Bewilligung einer Vermehrung der Torfmoore beilegen, so führt gleichwohl auch diese Auffassung zu dem Ergebniß der letzten Alternative nicht. Aus dem Vermessungsregister ergiebt sich, daß die Zahl der für Torfmoore bestimmten □Ruthen 4816 beträgt, während an Wiesen 14732 □Ruthen aufgeführt sind. Wollte man nun die Grundstücke Nr. 63, 64, 67 (große Freiheit) und 80 (kleine Freiheit) mit einem Superficialinhalt von 5130 □Ruthen zu den Torfmooren zählen und dem Areal der Wiesen entziehen, so ergäbe sich daraus, daß die zur Verfügung [9] des Verpächters stehende Fläche der Moore um mehr als die Hälfte erhöht, der Wiesengrund dagegen zum Nachtheil des Pächters um mehr als ein Drittel vermindert würde, ganz abgesehen von dem für das Trocknen des Torfes auf dem Acker Nr. 69 (Lampenhören) mit einem Inhalt von 5172 □Ruthen bestimmten Platze. Eine so bedeutende Verschiedenheit konnte aber unmöglich ohne Einfluß auf die Höhe der Pachtsumme sein. Es treten daher die beiden bei Verwerfung der Hauptbeschwerde des Bekl. geltend gemachten sachlichen Gründe auch hier, wiewohl in veränderter Weise hervor, und führen dahin, den actuellen Bestand des Torfstichs sammt Trockenplätzen zur Zeit des Contractabschlusses als die Grenze aufzufassen, welche der Verpächter nicht überschreiten sollte.

Nun bedurfte es aber keiner Entscheidurg der Frage, ob die [10] erste oder die zweite Alternative in concreto als Parteiwille bei Abschluß des Vertrags aufzufassen sei. Denn der Kl. hat in gegenw. I. nicht bloß zugestanden, daß der Bekl. vor Abschluß des Vertrages auf der großen Freiheit etwa 80 bis 100 □Ruthen, und auf der kleinen Freiheit 4 bis 5 □Ruthen zum Torfstich verwandt habe, sondern überdies eingeräumt, daß ein Zurückgehen auf den Zustand von 1856 nicht zulässig sei, vielmehr der factische Zustand von 1860 mit berücksichtigt werden müsse und sich nur gegen weitere Veränderungen der vorhandenen Wiesenflächen verwahrt. Hierin liegt aber eine Beschränkung seiner Klagbitte, welcher in der im ersten Erkenntniß ausgesprochenen Verur=

theilung entsprochen ward. Es müßte [11] daher insoweit jenes U. modificirt werden. Da es aber für das endliche Ergebniß bedeutungslos ist, ob der zur Zeit des Pachtabschlusses bestehende Zustand auf Grund einer Concession des Kl. oder in Folge der Erklärung des Parteiwillens bei Abschluß des Pachtvertrages zur Anerkennung gelangt, so bedurfte es keiner Entscheidung, ob die erste oder ob die zweite Alternative dem Parteiwillen bei Abschluß des Vertrages entsprochen habe. Nun würde schon gegenwärtig die Grenze, bis zu welcher der Bekl. auf den gedachten Wiesen seine Torfgruben auszubeuten berechtigt sei, und wo er den Torf trocknen dürfe, festgestellt werden können, wenn die Parteien über den Zustand zur Zeit des Contractabschlusses einig wären. Da aber der Bekl. in j. J. [12] die obgedachten Angaben des Kl. hinsichtlich der □Ruthenzahl einfach als unrichtig bezeichnet hat, und da der Kl. ausdrücklich behauptet, daß die Anlegung des Trockenplatzes auf „Lampenhören" nicht vor, sondern nach Abschluß des Pachtcontracts geschehen sei, so bedurfte es zu dem Ende einer Feststellung, und es mußte angemessen erscheinen, ohne Erlaß eines desfallsigen Beweisinterlocuts, die Regulirung dieser Frage dem St. u. LG. zu überlassen, indem zu erwarten steht, daß mittelst eines Localtermins oder in sonst geeigneter Weise dieser Punkt ohne Weiteres zum Ziel sich führen lassen wird....

---

## 462. Meyer u. Gen. w. Spiering u. unv. Meyer, 31. Mai 1864.[1]) M381V.

1) Erbgut setzt Erwerb mittelst Erbgangs voraus, und ist nicht vorhanden an den Theilen eines ererbten Gutes, welche in Folge einer Erbtheilung mittelst Rechtsgeschäfte unter Lebenden von einem der Miterben erworben sind.

[1]) Vgl. auch Nr. 311 u. 312. Durch G. v. 10/15. Febr. 1862. Art. 28. sind die bisherigen Verbote und Beschränkungen in Betreff der Verfügung über Erbgut für die Folge in der Stadt Lübeck (s. Art. 31) aufgehoben.

Nur der Theil des ererbten Gutes, welcher dem Miterben in seiner Eigenschaft als Erbe verblieb, ist Erbgut.

2) Nach neuerem Recht, in welchem insoweit der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen aufgehoben, und das Recht, eine Veräußerung von ererbtem Gut unter Lebenden sofort anzufechten beseitigt ist, hat der Erbgutsbesitzer nur die Verpflichtung den Werth des Ererbten beim Erbgang zu erhalten, und darüber weder von Todeswegen noch unter Lebenden mittelst eines für den Erwerber lucrativen Geschäftes zum Nachtheil des nächsten Erben zu verfügen.

3) Wenn unbewegliches Gut, in welchem Erbgut seinem Werthe nach enthalten ist, mittelst eines der äußeren Erscheinung nach onerosen Geschäftes unter Lebenden auf einen Dritten übergegangen ist, so kann Dieser nur dann von dem Erbgutsberechtigten in Anspruch genommen werden, wenn sich nach dem Tode des Erbgutsbesitzers dessen Nachlaß zur Bezahlung des Erbguts unzureichend erweist, und der Erbgutsberechtigte nachweist, daß kein oneroses, sondern ein mit Schenkung untermischtes Geschäft den Rechtsgrund der Uebertragung gebildet habe. Die Annalverjährung in Betreff des Immobile schließt diesen letzteren Nachweis nicht aus.

Die Kl. beschweren sich . . . zunächst über die Abweisung des von [2] ihnen in der Klagschrift gestellten principalen und eventuellen Antrags, welche dahin gerichtet sind, zu erkennen, daß die von ihrem Erblasser Jochim Hinrich Meyer vorgenommene Uebertragung und von demselben veranlaßte Um- und Zuschrift des in der Vorstadt St. Jürgen an der Hamburger Landstraße belegenen von seinem Vater ererbten Gärtnergehöftes nebst Zubehör an den Beklagten Johann Jochim Hinrich Spiering null und nichtig sei, eventuell daß letzterer für verpflichtet zu achten, mindestens den

aus solcher Alienation gezogenen Nutzen mit den betr. Abzügen an die Kläger, soweit diese dazu nach ihren Erbtheilen berechtigt seien, herauszugeben. Eventuell verlangen dieselben . . . die Anerkennung ihres Anspruches auf den fünften Theil des Werthes der gedachten Gärtnerstelle, und die Verurtheilung des [3] Beklagten Spiering zur Zahlung dieses Betrages, soweit solcher nicht durch den anderweiten Nachlaß des Jochim Hinrich Meyer gedeckt werde. Allein sowohl das erste wie das zweite Verlangen mußte in Gemäßheit der Rechtsgrundsätze, welche sich im Laufe der Zeit über Erbgüter gebildet haben, verworfen werden.

Jedes Erbgut setzt begriffsmäßig einen Erwerb mittelst Erbgangs voraus, und daraus ergiebt sich, daß von Erbgut nie die Rede sein kann, so bald der Erwerbstitel ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist. Ein solcher liegt aber in den bei Erbtheilungen vorkommenden Abfindungen einzelner Erben, welche den Charakter eines Kaufs, einer Schenkung oder ähnlicher Geschäfte zu haben pflegen. Eine derartige Abfindung hat nun nach Inhalt der Anlagen A. B. und C. zur Klage nach dem Tode von Jochim Peter Meyer i. J. 1842 offenbar [4[ stattgefunden; die Kl. haben ihre Erbansprüche an die Gärtnerstelle ihres Vaters dem Bekl. käuflich überlassen, und nicht etwa gegen Entschädigung auf ihr Erbrecht verzichtet. Jochim Hinrich Meyer würde im letzteren Fall alleiniger Erbe seines Vaters geworden, und die ganze Gärtnerstelle als Erbgut zu betrachten sein; in dem ersteren hier vorliegenden Fall dagegen besitzt er dieselbe zu vier Fünftheilen als Käufer und zu einem als Erbe.

Da nun die Verpflichtung in Betreff der Erbgüter nach insoweitiger Aufhebung des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und Beseitigung sofortiger Anfechtung von unter Lebenden stattgehabten Veräußerungen, nur dahin geht, daß der Werth des Ererbten beim Erbgange bleibe, insonderheit weder von Todeswegen noch unter Lebenden [5] mittelst eines für den Erwerber lucrativen Geschäftes zum Nachtheil des nächsten Erben über gedachten Werth verfügt werde, so ergiebt sich daraus von selbst, daß in dem vorliegenden Fall von der beantragten Vernichtung der im

Jahre 1850 unter onerosem Titel laut Anlage D. und E. an Spiering stattgehabten Uebertragung eventuell einer Herausgabe der infolge dessen gezogenen Nutzungen überall nicht, von einer Verpflichtung zur Herausgabe des seinem Werthe nach zu liquidirenden Erbguts aber möglicherweise nur dann die Rede sein könnte, wenn und insoweit sich die Behauptung aufstellen und nachweisen ließe, daß gedachtes Geschäft nicht bloß einen onerosen, sondern zugleich einen lucrativen Character gehabt habe. Daß ein derartiger Nachweis durch die Annalverjährung sich nicht beseitigen lasse, folgt daraus, daß das [6] Recht des Erben auf Auskehrung des Erbgutes nicht mit dem Verkauf des ererbten Gegenstandes, sondern erst mit dem Tode des Erblassers beginnt. Andererseits aber wird von einer solchen Anfechtung abgesehen werden müssen, wenn und insoweit der sonstige Nachlaß zur Bezahlung des Erbgutes ausreicht. Gleichwie daher eine Anfechtung erst dann in Betracht kommen könnte, nachdem die in dem ersten U. vorbehaltenen Verhandlungen über den sonstigen Nachlaß ein bestimmtes Ergebniß geliefert haben, so kann selbst dann, wenn solches ein ungünstiges sein sollte, von einer erneuten Rechtsverfolgung schwerlich ein befriedigendes Resultat erwartet werden. Dem das Erbgut von Einfünftel der Gärtnerstelle würde sich nach deren Werth i. J. 1842 bestimmen, wo dieselbe mit BM. 7000 beschwert war, und, Zwecks Regulirung der Stempelabgabe der [7] Kaufpreis, also von vier Fünftel der Stelle zu BM. 7000 festgestellt ist, woraus sich ein Werth von BM. 8750 ergeben, und wonach das ererbte Gut BM. 1750, mithin ein Fünftel BM. 350 betragen würde. Ob aber, da i. J. 1850 der Kaufpreis in dem Betrage der eingetragenen und sonstigen Schulden des Jochim Hinrich Meyer mit BM. 7750 bestanden hat, und außerdem eine Reihe von Altentheilsleistungen an den Verkäufer und die Christina Elisabeth Meyer bedungen worden sind, die Möglichkeit vorhanden sein werde, ein mit Schenkung untermischtes Geschäft oder gar ein betrügerisches Handeln des Käufers zu behaupten und nachzuweisen, muß, namentlich in Beihalt des Satzes, daß bei Kauf und Verkauf den Parteien bei

Bestimmung des Kaufpreises ein großer Spielraum gelassen worden ist, außerordentlich zweifelhaft erscheinen.

[8] Schließlich bedarf der in v. I. hervorgehobene Gesichtspunkt einer inofficiösen Schenkung, weil verspätet und unsubstantiirt, einer weiteren Würdigung ebenso wenig, wie der in gegenw. I. gerügte Mangel der Insinuation, indem das Geschäft den Betrag einer großen Schenkung übersteige....

---

## 463. Priest Brothers w. Neue St. Petersburger Dampfschifffahrts-Gesellschaft, 8. Dec. 1864. P177W.

1) Die Directoren einer Actiengesellschaft sind in deren Rechtsstreite nicht selbst Partei, sondern Vertreter der Partei. Schwager und Schwiegersohn eines Directors sind daher nach Analogie der in G.V.G. §. 31 nr. 3 in Betreff der Vormünderenthaltenen Bestimmungen zur Ausübung des Richteramts unfähig.

2) Bei Rechtsstreiten einer Actiengesellschaft sind die Inhaber von Actien nicht Partei, sondern haben an deren Ausgang nur ein mittelbares Interesse; G.V.G. §. 31 nr. 1. findet daher auf sie keine Anwendung, und die Frage, ob das mittelbare Interesse eine Betheiligung enthalte, daß der andern Partei ungeschwächtes Vertrauen auf die Unbefangenheit nicht zugemuthet werden könne, ist nach den concreten Umständen zu beurtheilen. [1])

Die Schiffsmakler Priest Brothers in Hull haben gegen die Neue St. Petersburg-Lübecker Dampfschifffahrts-Gesellschaft zu Lübeck bei dem dasigen NG. wegen einer Provisionsforderung für die Vermittelung des Verkaufs zweier Dampfschiffe im März 1863

[1]) Anders nach OAGO. §. 60. Nr. 1., wonach jedes mittelbare Interesse zu Ausübung des Richteramts unfähig macht, und Mitglieder von Actiengesellschaften von jeher abgetreten sind. Vgl. Nr. 428. Die Unbefangenheit von Mitgliedern des OG. und des OAG. wird also von den lüb. Gesetzen nach verschiedenem Maaßstab bemessen.

Klage erhoben und am 12. Sept. dess. J. ein verurtheilendes Erkenntniß erlangt; sind jedoch auf Appellation der Bekl. in zweiter J. mittelst eines von der Facultät zu Rostock eingeholten U. vom 28. Mai 1864 mit ihrem Anspruch abgewiesen worden. Sie beschritten hierauf die dritte J. und stellten bei dem OAG. auf Grund von Art. 248, vgl. mit Art. 202 HGB. den Antrag auf Hinterlegung oder Sicherstellung des klagend verfolgten Anspruchs von 19,000 M., da die Bekl. im Begriff stehe, ihren Actionären 10% des Grundcapitals zurückzuzahlen. Mit diesem Antrag wurden sie an die erste J., und zwar an das seit dem 1. März 1864 in's Leben getretene HG. in Beihalt von Art. 5 des EG. zur CPO. verwiesen. Das HG. hat am 29. Sept. 1864 den gedachten Antrag verworfen. Bei ihrer Appellation an das OG. stellten sie den ferneren Antrag, daß dessen Director, Dr. Haltermann als Schwager, und dessen Richter Dr. Prieß, als Schwiegersohn eines Mitglieds der Direction der beklagten Dampfschifffahrts-Gesellschaft, und außerdem deren Actionäre unter den Mitgliedern des OG. sich der Rechtsprechung in der Sache enthalten möchten, unter Bezugnahme auf die betreffenden Angaben der gedachten Personen nach §. 18 CPO.... Das OG. übersandte unterm 8. bzw. 11. Oct. 1864 die Acten dem OAG., und bemerkte, daß 2c. Haltermann's Schwester mit Senator Tegtmeyer, 2c. Prieß mit der Tochter des Senators Nölting, daß beide Senatoren Mitglieder der Direction, daß die Oberrichter v. Duhn und Prieß, unter den Ergänzungsrichtern aber Havemann und Brehmer Actionäre, Crome und Plessing dagegen Sachführer der streitenden Theile seien, und mithin nur zwei Mitglieder des OG. zur Entscheidung des Ablehnungsantrags übrig blieben, während nach §. 20. Nr. 3 CPO. hiezu drei rechtsgelehrte Mitglieder verlangt würden, so daß nach ang. §. 20. Nr. 4. die Sache dem OAG. vorzulegen sei.

In der Begründung des Recusationsantrags beim OAG. weisen Kl. darauf hin, daß Haltermann und Prieß nach §. 60 OAGO. auch ohne Antrag auf Grund der betreffenden Verschwägerung zum Austritt verpflichtet gewesen sein würden, und daß jedenfalls dieser Umstand eine zu günstige Gesinnung für die Gegenpartei zu veranlassen geeignet sei. Die Actionäre dagegen hätten ein eigenes Interesse an der Sache. Evident sei solches, wo dieselben die übergroße Mehrzahl der Actien unter sich hätten wie der Fiscus bei der Lüb.-Büch. EB, und die Leipz. Credit-Anstalt bei der Commerzbank: sollte Jemand nur eine oder wenige Actien besitzen, so sei der Unterschied nur quantitativ. Die Ansicht von Blume zu OAGO. a. a. O. Not. g. beziehe sich nur auf den Austritt aus eigenem Anlaß, und daraus lasse sich auf die Ablehnung kein Schluß ziehen. — Die Bekl. erwidert: Haltermann und Prieß würden sich schon mit Rücksicht auf §. 31. d. Ger.-

Verf.-Ges. der Rechtsprechung enthalten haben. Der §. 60 OAGO. sei bei den lübeckischen Gerichten nie angewandt: insonderheit der Besitz von Actien nie als Grund für den Austritt anerkannt, wie denn auch v. Duhn und Plitt als Präsides des NG. beim ersten U. in der Hauptsache fungirt hätten. Mit dieser Praxis ständen §§. 15 u. 16. CPO. in Einklang, deren Fassung es ausschließe eine so entfernte Betheiligung als Grund für die Ablehnung anzusehen. Endlich handle es sich bei dem gegenwärtigen Incidentpunkt nicht um das Interesse von Actionären, da es diesen gleichgültig sein werde, ob 19,000 M. Werthpapiere im Depositorium des Gerichts oder in der Gesellschaftscasse lägen, so daß von einer Befangenheit der Mitglieder des OG. bei dem vorliegenden Streitpunkt nicht die Rede sein könne. Ein Fall der Vereinigung mehrerer Actien in einer Hand, liege hier nicht vor, indem alle Betheiligte zusammen noch nicht den tausendsten Theil des Actiencapitals verträten.

Das OAG. hat hierauf der Ablehnung von Haltermann und Prieß stattgegeben, die der Uebrigen verworfen, die Kosten des Ablehnungsverfahrens zur Hälfte verglichen und die Kläger in die andere Hälfte verurtheilt.

Nach den bei dem OG. angestellten thatsächlichen Ermittelungen hat sich herausgestellt, daß von den sämmtlichen rechtsgelehrten Mitgliedern desselben, mit Einschluß der Ergänzungsrichter, nur zwei vorhanden sind, welche weder zu den verbetenen gehören, noch an der Rechtsprechung in dieser Sache gesetzlich verhindert werden. Unter diesen Umständen konnte nach der Vorschrift in §. 20 unter 4 der neuen CPO., welche in dieser Beziehung keine Abweichung von dem bisherigen Rechte enthält, die Competenz des OAG. zur Entscheidung über den jetzigen Recusationsantrag keinem Zweifel unterliegen. — Was nun diesen Antrag selbst betrifft, so mußte demselben

I. soweit er gegen die beiden OGMitglieder Dr. Haltermann und Dr. Prieß gerichtet ist, unbedenklich stattgegeben werden. Diese beiden Mitglieder des OG. sind nämlich schon gesetzlich an der Ausübung des Richteramtes in der Sache für verhindert zu erachten. Wären die Personen, welche die Direction der beklagtischen Gesellschaft bilden, selbst als Partei in diesem Processe anzusehen, dann würde die Verhinderung der beiden Genannten nach §. 31 unter 2 des Gesetzes über die Ger.-Verfass. v. 17. Dec. 1860 klar vor-

liegen. So ist indessen die Stellung der Gesellschaftsdirectoren nicht aufzufassen. Denn wenn auch die erhobene Klage gegen die Direction der Neuen St. Petersburg-Lübecker-Dampfschifffahrtsgesellschaft gerichtet ist, und deren Verurtheilung zu einer Zahlung an die Kl. verlangt, so handelt es sich doch nicht um eine persönliche Verbindlichkeit der Directoren, sondern um ein Contractsverhältniß zwischen den Kl. und der Gesellschaft, und um eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen. Die Directoren sind daher lediglich als statutenmäßige Vertreter der Gesellschaft in Anspruch genommen worden, und die wahre Proceßpartei ist die Gesellschaft (vgl. Art. 213 des Handelsgesetzbuches). Allein auch bei dieser Auffassung gelangt man zu dem obigen Resultat auf Grund der Vorschrift in Nr. 3 des angeführten §. 31. Denn hier ist der Schwager und der Schwiegersohn des Vormundes einer Partei für unfähig zur Ausübung des Richteramtes erklärt worden; und wie dies unverkennbar darauf beruht, daß dem Vormunde als gesetzlich nothwendigen Vertreter mit selbstständiger Verwaltung und Verantwortlichkeit ein der Betheiligung in eigenen Angelegenheiten ganz nahe kommendes Interesse an der von ihm geführten Sache zugeschrieben werden muß, so kann es auch nach den Bestimmungen des deutschen HGB. (vgl. Art 227, 230—232) keinem Zweifel unterliegen, daß die Directoren einer Actiengesellschaft in ihrer processualischen Stellung den Vormündern einer Partei völlig gleichzusetzen sind.

Daß es aber hiernach auf den Inhalt der §§. 15 und 16 der CPO., worauf sich die Kl. berufen haben, gar nicht erst anerkannt, kann dem Antrage nicht entgegenstehen.

Das Gesetz hat für den Fall, daß eine Partei auf die Unfähigkeit eines Richters vor der Urtheilsfällung aufmerksam machen will, kein besonderes Verfahren angeordnet. Beantragt daher eine Partei, daß ein gesetzlich verhinderter Richter sich der Theilnahme an der Urtheilsfällung enthalte, und es erfolgt darauf keine entsprechende Erklärung des Gerichts oder des betreffenden Mitgliedes selbst, so kann es der Partei nicht versagt sein, ihren Antrag in der Form der

Recusation weiter zu verfolgen und auf diese Weise eine Entscheidung darüber herbeizuführen.

II. Anders verhält es sich dagegen, soweit die Recusation diejenigen Mitglieder des OG. betrifft, welche Actionäre der beklagtischen Gesellschaft sind.

1) Wäre der Proceß einer Actiengesellschaft als eine Sache jedes einzelnen Actionärs, also wie ein Rechtsstreit so vieler Litisconsorten aufzufassen, so würde selbstverständlich jeder Actionär zur Ausübung des Richteramtes unfähig sein, (GVG., §. 31 unter 1.) ohne daß es auf die Größe oder Geringfügigkeit seines pecuniären Interesses ankommen könnte. Diese Auffassung ist jedoch nicht zu billigen. Man kann die Streitfrage, ob eine Actiengesellschaft eine juristische Person sei oder nicht, ganz dahin gestellt sein lassen; und ebenso, ob dabei etwa das Erforderniß staatlicher Genehmigung, deren es nach der jetzigen lübeckischen Gesetzgebung

s. Einführungsgesetz zum D. Handelsgesetzb. v. 26. Octbr. 1863. Art. 14.

nicht mehr bedarf — von entscheidender Bedeutung sei. Jedenfalls kann es nach Maaßgabe der Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuches keinem Zweifel unterliegen, daß eine Actiengesellschaft im Verhältniß zu Dritten, welche mit ihr contrahiren oder Proceß führen, materiell ganz dieselbe Stellung einnimmt, wie eine fingirte Persönlichkeit.

vgl. von Hahn, Commentar. Bd. 1. S. 431. 439. fg.

Wenn nach jenen Bestimmungen (vgl. Art 207. 213. 219. 227. 230. 231. Abs. 2. Art. 232. 233. 241. Abs. 1.) derjenige, welcher mit einer Actiengesellschaft processirt, mit den einzelnen Actionären, die ihm unbekannt sein und täglich wechseln können, in gar keine obligatorische Beziehung tritt, sich an sie weder in der Hauptsache noch der Kosten wegen halten kann, vielmehr lediglich an das Gesellschaftsvermögen Anspruch hat und nur der jedesmaligen Gesammtheit, vertreten durch einen gesetzlich nothwendigen Vorstand gegenübersteht, so kann man nicht sagen, daß der einzelne Actionär hierbei Partei, und die Sache seine eigene sei. Vielmehr steht für den Einzelnen auf Dauer seines Actienbesitzes nur ein mittelbares Interesse von Gewinn oder Ver-

lust an einem bestimmten activum auf dem Spiel, und von der Erheblichkeit dieses Interesses im einzelnen Fall hängt es ab, ob und wieweit die Unbefangenheit des Actionärs für beeinträchtigt anzusehen ist.

2) Es ist nicht anzunehmen, daß durch den in §. 15 der CPO. gebrauchten Ausdruck „ungeschwächtes Vertrauen" irgend eine Abänderung der gemeinrechtlichen Grundlage von Recusationsanträgen habe angedeutet, und etwa jeder auch der geringfügigsten Betheiligung, welche das Vertrauen möglicherweise schwächen könnte, ein Gewicht habe beigelegt werden sollen. Vielmehr ist nach wie vor davon auszugehen, daß ein Umstand vorausgesetzt werde, welcher dem Recusanten einen glaubhaften Grund darbietet, vernünftigerweise eine Befangenheit des Richters zu besorgen.

Nun würde sich im vorliegenden Falle allerdings, wenn die Entscheidung der Hauptsache selbst in Frage stände, viel dafür sagen lassen, daß das Interesse der Actionäre am Ausgange des Rechtsstreites, auch in Ermangelung einer näheren Aufklärung über den Betrag des Gesellschaftsvermögens und über die Größe des Actienbesitzes der einzelnen hier in Betracht kommenden Personen, als erheblich genug anzusehen sei, um die Besorgniß der Kl. zu rechtfertigen. Einer Entscheidung hierüber bedarf es indessen nicht. Denn

3) bei dem jetzt allein in Frage stehenden Incidentantrag der Kl. stellt sich, wie der beklagtische Sachführer mit Recht hervorgehoben hat, die Sache anders dar. Es handelt sich hier lediglich um eine den Kl. bis zum Ausgang des Processes durch Deposition der Klagsumme oder auf andere Weise zu bestellende Sicherheit, also höchstens darum, daß ein Theil des Gesellschaftsvermögens vorübergehend der freien Verwendung entzogen werde. Da die Möglichkeit gegeben ist, die Caution durch Bürgschaft oder Verpfändung zinstragender Papiere zu leisten, so kann die Maßregel ohne irgend einen reellen Verlust für die Actionäre in Ausführung gebracht werden; und auch der Nachtheil, den die temporäre Behinderung in der freien Administration des Gesellschaftsvermögens etwa nach sich ziehen

könnte, ist ein so fern liegender und voraussichtlich geringfügiger, daß er sich für die einzelnen Actionäre pecuniär gar nicht in Anschlag bringen läßt. Selbst ein Actionär, welcher eine größere Anzahl von Actien besitzen sollte, wird daher durch die beantragte Maßregel von einem nennenswerthen Verluste nicht bedroht. Ein so außerordentlicher Fall aber, wie ihn die Kl. beispielsweise erwähnen, daß ein Actionär die überwiegende Mehrzahl der Actien in seiner Person vereinigte, hätte, um Berücksichtigung zu finden, für die vorliegende Sache zur Begründung des Gesuchs positiv behauptet und bescheinigt werden müssen.

Auch die Voraussetzung, daß der Antrag der Kl., wenn es sich um Entscheidung der Hauptsache selbst handelte, gerechtfertigt sein würde, führt nicht zu einem anderen Resultat. Denn aus dem Umstande, daß die Recusation eines Richters in der Hauptsache begründet erscheint, folgt nicht nothwendig, daß er für jeden Incidentpunkt verbeten werden könne; vielmehr gilt dieses nur von solchen Incidentpunkten von selbst, welche entweder für die künftige Hauptentscheidung irgendwie präjudicirlich werden können, oder sich ohne ein näheres Eingehen in die Beurtheilung der Hauptsache nicht erledigen lassen. Bei Incidentstreitigkeiten dagegen, wo es an einer solchen Connexität mit der Hauptsache fehlt, kann auch ein Recusationsgrund nicht anerkannt werden, welcher für die Entscheidung der Incidentsache keine Befangenheit des Richters besorgen läßt, wie dies vom OAG. schon wiederholt ausgesprochen worden ist.

Vergl. Jürgensen w. Körner. 9. Decbr. 1825. (S. 1, 73 p. 221.)

Möller, z. S. Deß. w. Kollmann. 30. Juni 1853. (Nr. 315.)

Von dem jetzt in Frage stehenden Incidentantrag der Kl. ist es aber klar, daß er weder von einer Beurtheilung der Hauptsache abhängig ist, noch auf die Hauptsache irgendwie einzuwirken vermag

Wenn hiernach das Recusationsgesuch der Kl. nur hinsichtlich der unter I. genannten beiden Richter für begründet erachtet werden konnte, so bleibt das OG. ausreichend be-

setzt, um den fraglichen Incidentpunkt in der App. J. zu erledigen, und bedurfte es daher von hieraus keiner weiteren Verfügung über den Fortgang der Sache.

Bei der theilweisen Verwerfung des Recusationsgesuches waren die durch dasselbe veranlaßten Kosten zur Hälfte zu compensiren, und die Kl. in die andere Hälfte zu verurtheilen.

---

# Nachträge.

## 386A. Deutsche Lebens=Vers.=Ges. Bekl. w. Saling Ehefr. Test.=Vollstr., 30. Nov. 1857. L210X.

1) Sobald der Betrag einer Caution für die Proceßkosten verbraucht ist, muß auf Verlangen des Berechtigten eine Erhöhung eintreten.

2) Beispiele von Verschweigungen, welche einen Lebensversicherungsvertrag ungültig machen.

Was

I. die auf den Cautionspunkt bezügliche Beschwerdeführung der Bekl. anlangt, so hätte dem Antrage der Letzteren auf Erhöhung der Caution schon von der vorigen J. entsprochen werden sollen. Die Pflicht zur Cautionsleistung im Allgemeinen ist Seitens der Kl. nicht bestritten, und da es rechtlich feststeht, daß, wenn im Laufe einer Sache die anfänglich von dem Kl. geleistete Caution als unzureichend sich ausweiset, auf eine angemessene Erhöhung — falls beklagtischerseits darauf angetragen wird — zu erkennen ist, so so kam es nur darauf an, ob um die Zeit der Appellation zweiter J. die von den Kl. statt Caution deponirten ErtM. 300 als erschöpft [3] anzusehen seien. Dies war in Betracht des Umfanges der bis dahin vorgekommenen Verhandlungen

nicht zu bezweifeln, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Kl. im Falle ihres Unterliegens die arrha des Procurator's nur ein Mal oder mehrere Male — worüber eventuell die erste I. zu entscheiden haben wird — zur Last zu bringen sei. Dem Vorstehenden entsprechend ist im Erkenntnisse die geeignete Verfügung erlassen worden.

II. Die Hauptsache betreffend, so war, insofern es auf die Behandlungsweise der vorliegenden Angelegenheit im Allgemeinen ankam, den vorigen Richtern beizutreten, welche die beklagtische Behauptung verworfen [4] haben, daß die Grundsätze für die Beurtheilung der Folgen, welche unwahre, unvollständige oder ungenaue Angaben der Versicherung=Nachsuchenden auf die Gültigkeit der demnächst geschlossenen Lebensversicherungen ausüben, aus der Praxis der englischen Gerichtshöfe zu entnehmen seien. Wenn nämlich auch die Lebensversicherungen erst im Laufe des gegenwärtigen Jahrhunderts in Deutschland in größere Aufnahme gekommen sind:

Benecke, System d. Assecuranzen, Bd. 4. S. 540.
Masius, Darstellung des Versicherungswesens, 1857. S. 52.

so ist doch der Assecuranz=Vertrag ein seit viel längerer Zeit völlig eingebürgerter, geordneter und in das System des deutschen Rechts aufgenommener. Auch unterliegt es keinem Zweifel, [5] daß die über jenen Vertrag geltenden allgemeinen Grundsätze grundsätzlich gleichmäßig auf alle der Versicherung unterzogenen Gegenstände anzuwenden sind, ohne Rücksicht darauf, von welcher Art die Gefahr ist, gegen welche die Assecuranz genommen wird.

vgl. z. B. Hamb. Ass.=O. v. 1731. Tit. 1. Art. 3 u. Tit. 10. Art. 5. (verb. natürlichen Todes)
Preuß. Landrecht. 2, 8. §. 1968 ff.
Eichhorn, Deutsch. Priv.=R. §. 111 u. A.

Das, was im Auslande, und insonderheit in England in Betreff der Lebens=Versicherungen geltendes Recht ist, kann mithin nur aushülfsweise und allein insofern in Betracht kommen, als darin Regeln enthalten sind, welche in einem verwandten [6] Rechtsgebiete durch Anerkennung Seitens

der Betheiligten und der Gerichte, sowie durch wissenschaftliche Begründung Seitens der Rechtslehrer, in gewissem Grade eine Autorität erlangt haben. — Allen Rechten — den deutschen wie den ausländischen — liegt nun in Betreff des hier fraglichen Punktes, als oberste Regel das Princip zu Grunde, daß der Versicherung Nachsuchende bei Vermeidung der Nichtigkeit des Contractes verpflichtet ist, dem Versicherer ein treues Bild der von demselben zu übernehmenden Gefahr zu geben,

Hamb. Ass.-O. Tit. 4. Art. 12. u. 13.
Preuß. Landrecht. 2, 8. §. 20. 26.
Hamb. Allgem. Plan. §. 15.
Code de commerce. art. 348.
Smith, Mercantile law [7] Ed. Dowdeswell. 1855. (Edit. 5.) p. 381.

auch sind meistens gewisse Punkte gesetzlich oder vertragsmäßig als solche festgesetzt, welche unter allen Umständen, und mithin abgesehen von den Besonderheiten des einzelnen Falles, als durchaus wesentlich angesehen werden sollen, und in Betreff deren mithin jede positiv unrichtige Angabe, oder die Unterlassung der erforderlichen Benachrichtigung die Assecuranz annullirt. Das englische Recht hat in Betreff der vorgedachten Punkte und deren Behandlung in den Policen besondere Regeln (die sogenannten warranties betreffend) festgestellt, welche in das deutsche Recht keinen Eingang gefunden haben, so daß es nicht erforderlich ist, den Bekl. bei ihren auf jenes Recht bezüglichen [8] Erörterungen zu folgen. Welche Punkte nun zu den absolut zu behandelnden zu rechnen sind, im Gegensatze zu denjenigen, bei welchen die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit in Beziehung auf die Beurtheilung der Gefahr zu prüfen ist, hängt in jedem einzelnen Falle von der contractlichen Grundlage ab, auf welcher die Parteien mit einander verhandelt haben. Diese Grundlage wird im vorliegenden Falle durch die Statuten der beklagtischen Gesellschaft gebildet, deren §§. 38 u. 67 hier in Betracht kommen. — In dem ersteren ist nur die allgemeine Benachrichtigungspflicht vorgeschrieben, indem es dort heißt: „der Versicherte darf keinen Umstand verschweigen, welcher auf die Beurtheilung der Gefahr irgend von Einfluß sein

kann." [9] Darnach müßte also in jedem einzelnen Falle des Vorwurfs einer unrichtigen oder unvollständigen Angabe die Relevanz des falsch angegebenen bzw. verschwiegenen Umstandes geprüft werden. — Diese Prüfung wird auch durch den §. 67 der Statuten nur insofern in einzelnen Beziehungen unnöthig gemacht, als dort in Betreff gewisser positiv unrichtiger Angaben oder vorkommender Verschweigungen die Relevanz ausdrücklich anerkannt wird; nämlich bei einer unrichtigen Altersangabe, bei unrichtiger Beantwortung der Frage nach dem Verhältniß zu dem attestirenden Arzte oder nach der Consultirung eines außerordentlicher Weise zugezogenen Arztes, endlich bei der Angabe über vorhandene oder nicht vorhandene körperliche Leiden. Den vorstehenden [10] Exemplificationen ist dann noch „und dergleichen" hinzugefügt, und hiedurch bekundet, daß die aufgeführten Umstände einerseits nicht erschöpfend angegeben sind, andererseits zur Grundlage analogischer Anwendung in Betreff anderer Unrichtigkeiten oder Verschweigungen benutzt werden sollen. Die Police und der Schlußsatz der Declaration: „ich unterwerfe mich nach Maaßgabe der Statuten den Folgen, die mit einer unrichtigen Beantwortung der Fragen verbunden sind," enthalten nichts, was selbstständigen Einfluß auf die vorliegende Frage ausüben könnte. Dem Vorbemerkten zufolge mußte bei jedem derjenigen, Seitens des NG. für relevant, von der zweiten J. aber für irrelevant [11] erklärten Punkte, wegen welcher die Bekl. hieher appellirt hat, geprüft werden, ob dieselben entweder zu den ausdrücklich im §. 67 aufgeführten, ohne Weiteres als wesentlich zu achtenden Umständen gehören, oder doch an sich als für die Beurtheilung das Risico erheblich anzusehen seien. Das Ergebniß dieser Prüfung war folgendes:

1) Beweissatz 2, „daß dem Versicherten i. J. 1853 vor dem 4. Nov. ein Nierenstein von der Größe eines Kirschkerns abgegangen sei." Hier war die von den vorigen Richtern vorgenommene Beseitigung der Beweisauflage zu billigen. Saling hat nämlich zur siebenten Frage angegeben, daß er früher mitunter kleine Steinchen im Harne gehabt habe, und es würde mithin unthunlich sein, in [12] Betreff des hier

fraglichen Umstandes eine Verschweigung anzunehmen. Der Begriff desjenigen, was man unter der Bezeichnung „kleine Steinchen" zu verstehen hat, ist nämlich schwankend, und sehr wohl können auch Steinchen von der Größe eines Kirschkernes mit darunter gemeint gewesen sein, zumal da auch Kirschkerne in verschiedener Größe vorkommen. Ueberdies ist der Bekl. der Beweis, daß Saling vor dem 4. Nov. 1853 an einer Harnröhren-Entzündung gelitten habe, nachgelassen, so daß, wenn der in Rede stehende Steinabgang ein wirklich bedeutender, und zwar dies in dem Maaße gewesen sein sollte, daß dadurch ein entzündlicher Zustand hätte herbeigeführt werden müssen, die Bekl. Gelegenheit haben würde, den in Rede stehenden Umstand beim Beweisverfahren mit zu benutzen.

[13] 2) Beweissatz 3: „daß Saling eine ganze Schachtel voll verschiedener ihm abgegangener Nierensteine gesammelt, auch wohl Anderen gezeigt habe." Dem Antrage der Bekl., diesen Beweissatz wiederherzustellen, konnte nicht entsprochen werden. — Da, wie schon hervorgehoben worden ist, Saling angezeigt hatte, daß ihm früher mitunter kleine Steinchen abgegangen seien, so konnte der Umstand, wenn er diese Steinchen in eine Schachtel gelegt, aufbewahrt und gelegentlich an Bekannte gezeigt haben sollte, der Bekl. keine neue und an sich wesentliche Anschauung über den Gesundheitszustand desselben geben. Uebrigens ist schon die Unbestimmtheit der beklagtischen Anführung in Betreff des Zeitraums, in welchem die Steinchen gesammelt sein sollen, [14] ausreichend, um sich gegen die Beibehaltung dieses Beweissatzes zu erklären. Die Sammlung könnte in einer ganz entlegenen Zeit begonnen und während einer Reihe von Jahren fortgesetzt sein, wo dann die Zahl der Steine ihre Bedeutung verloren haben würde. Auch ist der Begriff „Schachtel" ein völlig unbestimmter.

3) Beweissatz 4. Die vorigen Richter haben in den vom RG. normirten Beweissatz: „daß dem Saling vor dem 4. Nov. 1853 mehrmals zur Ader gelassen worden sei," die Einschaltung gemacht „in den letzten Jahren." Hier war das Verlangen der Bekl., diese Worte wiederum be-

seitigt zu wissen, für begründet zu achten. Abgesehen von der Antwort des Saling auf die zehnte Frage: („Sind Sie zu Blutentziehungen [Aderlassen, Schröpfköpfen, Blutigeln] genöthigt gewesen?") „Vor etwa zehn Jahren Aderlaß wegen Vollsaftigkeit. Im letzten Jahre selten Schröpfköpfe" — würde man die Beschwerdeführung der Bekl. für grundlos halten müssen. Denn daß es für die Beurtheilung des dermaligen Gesundheitszustandes eines 46- oder 47jährigen Menschen unwesentlich ist, wenn er zu irgend einer Zeit seines Lebens, vielleicht vor vielen Jahren, mehrmals zur Ader gelassen sein sollte, leuchtet von selbst ein. Allein die bestimmte Erklärung, „daß in den letzten zehn Jahren keine Aderlässe stattgefunden hätten, und zwar ertheilt auf die obige, ausdrücklich mit auf Aderlässe gerichtete, also dem Saling anzeigende Frage, daß die [16] Bekl. mehrmalige Aderlässe für relevant halte, verändert die Sachlage, indem hier, wenn die Beklagte ihre Aufstellung beweisen könnte, eine wirkliche, und zwar eine solche Wahrheitsverletzung vorliegen würde, welche den im §. 67. Nr. 1. beispielsweise aufgeführten mit Nullität des Contracts bedrohten Abweichungen vom Thatbestande völlig analog behandelt werden müßte.

4) Beweissatz 5: „daß dem Saling vor dem 4. Nov. 1853 warme Bäder, Einreibungen mit warmem Oel, Pulver mit Morphium und wiederholte Blutentziehungen verordnet worden seien." Die beklagtische Anführung der in diesen Beweissatz zusammengestellten Umstände hat keine selbstständige Bedeutung, sondern nur Beziehung auf die Harnröhren-Entzündung, an [17] welcher Saling i. J. 1853 gelitten haben soll, und deren Beweis der Bekl. unter Nr. 1 besonders nachgelassen worden ist. Daß der Vorgenannte noch von einer anderen Entzündungskrankheit, außer der lithiasis, befallen gewesen sei, ist nämlich nicht behauptet worden. Unter solchen Umständen mußte die von den vorigen Richtern verfügte Streichung des hier besprochenen, selbstständig aufgestellten Beweissatzes gebilligt werden, wobei übrigens der Bekl. die Benutzung der von ihr behaupteten Umstände als Indicien für den Beweis der von

ihr behaupteten Entzündungskrankheit selbstverständlich nicht abgeschnitten wird.

5) Beweissatz 6: „daß Saling i. J. 1853 das Bad Gastein gebraucht, und in demselben Jahre vor dem 4. [18] Nov. fast täglich Vichywasser getrunken habe." Hier war auf Wiederherstellung der von den vorigen Richtern gestrichenen RG.-Beweisnormirung zu sprechen. Auf die Frage: „Ist der zu Versichernde genöthigt gewesen, zu dem Gebrauche irgend eines bestimmten und welches Heilmittels, wozu auch regelmäßig oder mehrere Male benutzte Brunnen- oder Badekuren gehören?" antwortete Saling: „Vor mehreren Jahren trank der Versicherte Vichy mit Carlsbader zusammen." Nun kann freilich auf die Nichtangabe des Besuches von Gastein i. J. 1853 kein großes Gewicht gelegt werden; denn es steht dahin und ist wenigstens von der Bekl. nicht geltend gemacht worden, ob Saling sich nach dem genannten Bade begeben hat, um eine schon früher [19] begonnene Kur fortzusetzen oder zu erneuern, was doch wesentlich gewesen sein würde, da die gestellte Frage nur auf regelmäßig oder mehrmals benutzte Brunnen- oder Badekuren gerichtet ist. Dagegen erschien die Behauptung des fast täglich vorgekommenen Trinkens von Vichywasser von entschiedener Erheblichkeit. Denn ein solcher, längere Zeit regelmäßig fortgesetzter Gebrauch eines Mineralwassers ist eine wirkliche Brunnenkur, von welcher Saling Angabe machen mußte, wie er denn auch davon, daß er „vor mehreren Jahren Vichywasser — damals neben Carlsbader — getrunken habe, wirklich Anzeige gemacht hat. Sollte das Vichywasser, wie die vorigen Richter annehmen, von manchen Personen, ohne durch krankhafte Anlagen hiezu veranlaßt zu sein, getrunken werden, [20] was dahingestellt bleiben kann, so würde dies dennoch nicht als ein ausreichender Grund angesehen werden können, um den regelmäßigen Gebrauch jenes Wassers als einen nach Maaßgabe der in der Declaration vorkommenden Frage irrelevanten Umstand zu behandeln. Ueberdies hat Saling selbst durch die vorhin hervorgehobene Angabe bekundet, daß er das Vichywasser nicht als ein indifferentes Getränk ansah und benutzte.

6) Beweissatz 7: „daß Saling über seinen Gesundheitszustand den Dr. Stosch consultirt habe.“ Die Consultirung eines andern Arztes neben dem gewöhnlich zugezogenen Arzte — dem sogenannten Hausarzte — ist für die Beurtheilung der von dem Lebensversicherer zu übernehmenden Gefahr in zwei Beziehungen von [21] Erheblichkeit. Erstens ist daraus zu schließen, daß um die betreffende Zeit eine von dem Antragsteller selbst für ungewöhnlich und ernst geachtete Gesundheitsstörung vorgekommen sei; zweitens erlangt der Versicherer durch die Nennung des außerordentlicher Weise zugezogenen Arztes ein den Umständen nach vielleicht nothwendiges, jedenfalls in manchen Fällen sehr dienliches Mittel, um genaue Auskunft über die körperliche Beschaffenheit des die Versicherung Nachsuchenden zu erlangen. — In ersterer Hinsicht könnte nun bei der vorliegenden Sache die Relevanz der fraglichen Consultation zweifelhaft sein, da der Bekl. der Beweis einer i. J. 1853 vorgekommenen Erkrankung des Saling (an einer Harnröhren-Entzündung) ohnehin nachgelassen worden ist. Dagegen kommt es [22] allerdings auf den, wenn die beklagtischen Angaben begründet sein sollten, von Saling verschwiegenen Umstand in der zweiten Beziehung an. Die Bekl. hätte vielleicht den Dr. Stosch zu einer Auskunft über den Gesundheitszustand des Saling veranlaßt und von demselben eine ihre ferneren Entschließungen bestimmende Mittheilung erhalten können, wie denn das Verschweigen der Consultirung eines anderen als des gewöhnlichen Arztes im §. 67 unter 1 der Statuten ausdrücklich als ein Annullirungsgrund der Versicherung aufgestellt worden ist. Es kommt demnach nur darauf an, ob, wie die vorigen Richter annehmen, die auf die Consultirung des Dr. Stosch gerichteten Angaben der Bekl. zu unbestimmt seien, um Berücksichtigung zu finden, oder ob auch etwa der Beweissatz zu [23] allgemein gefaßt sei. Hier konnte indessen dem v. U. nicht beigepflichtet werden. — Denn die beklagtischen Anführungen in Betreff dieses Punktes sind bestimmt und genügend substanziirt. Es heißt in der Vernehmlassung: „In dieser Krankheit (der lithiasis) wurde Saling nicht bloß von Dr. Ascherson, sondern auch von Dr. Stosch

behandelt. Es wurde Dr. Ascherson speciell zu einer Consultation mit Dr. Stosch in der Wohnung des Saling eingeladen;" und „Es darf ferner behauptet werden, daß Saling den Dr. Stosch noch nach seiner Rückkehr von Gastein und bis zur Stellung des Antrags über seine Gesundheitsumstände [24] bzw. Steinbeschwerden consultirte." Was ferner die Fassung des Beweissatzes betrifft, so ist derselbe selbstverständlich von wirklicher, ex professo geschehener ärztlicher Zuratheziehung zu verstehen, nicht aber von bloß gelegentlichen Gesprächen.

7) Beweissatz 8: „daß der Assistenzarzt am jüdischen Krankenhause in Berlin dem Saling i. J. 1853 vor dem 4. Nov. Aderlässe und Schröpfköpfe applicirt habe." Mit Recht hat die zweite J. diesen Beweissatz beseitigt. — Daß erhebliche Blutentziehungen, welche in Betreff des Saling i. J. 1853 nothwendig geworden sein möchten, für relevant anzusehen seien, ist gewiß; auch bereits beim vierten Beweissatze rechtskräftig festgestellt. Ob indessen der eine oder der andere Arzt [25] oder ärztliche Assistent die Operationen vorgenommen habe, ist gleichgültig. Unter den der Bekl. zu 4. zum Beweise verstellten Aderlässen kann die Bekl. selbstverständlich auch die angeblich von dem jüdischen Assistenzarzt bewirkten nachweisen.

8) Beweissatz 9: „daß der von Saling bei dem Agenten einer englischen Lebensversicherungsgesellschaft in Berlin Liebermann oder Liebmann gestellte Versicherungsantrag von jener Gesellschaft abgewiesen worden sei." In Betreff dieses Punktes war das RG.-Erk. wieder herzustellen. Die Frage nach früheren Versicherungsnachsuchungen und deren Ergebniß hat ohne Zweifel den Zweck, für den Fall des Zustandekommens der früheren Anträge den Umfang der bereits geschlossenen Versicherungen zu übersehen und [26] daraus einigermaßen auf die Intentionen des zu Versichernden zu schließen; im anderen Falle über die Gründe der Ablehnung nachzuforschen, welche unter Umständen auf eine nähere Kunde über den Gesundheitszustand der betreffenden Person hinführen werden. Beziehungsweise gehört demnach die hier in Betracht gezogene Frage in die-

selbe Kategorie mit derjenigen, welche sich auf die Consultirung eines außerordentlicher Weise zugezogenen Arztes bezieht. Die Relevanz des in dem Beweissatze berührten Umstandes ist mithin nicht zu bezweifeln.

Es könnte demzufolge nur noch auf die von der Kl. in jetziger J. beigebrachten neuen Thatumstände ankommen. Allein dieselben, welche eventuell im Gegenbeweise benutzt werden können, sind einleuchtender Weise nicht geeignet, auf die Bestimmung desjenigen, was zum Beweise zu verstellen ist, irgend [27] einen Einfluß auszuüben.

Aus dem Bisherigen ergiebt es sich, daß das Erkenntniß der zweiten J. in Betreff der Beweissätze 2 (kirschkerngroßer Nierenstein); 3 (Schachtel voll kleiner Steinchen); 5 (Bäder, Einreibungen, Morphiumpillen); 8 (Blutentziehungen Seitens des jüdischen Assistenzarztes) zu confirmiren; daß dagegen in Betreff der Beweissätze 4 (mehrmalige Aderlässe 2c.); 6 (Besuch von Gastein und regelmäßiger Gebrauch von Vichywasser); 7 (Consultirung des Dr. Stosch); 9 (Zurückweisung des Saling'schen Antrags Seitens Liebmann) das NG.-Erk. wieder herzustellen war.

---

## 418. Caspary u. Gen. w. Deutsche Leb.-Vers.-Ges. zu Lübeck, 14. Juli 1860. C93V.

Ein im Beweisinterlocut zur Vernichtung einer L.-V.-Police auf Grund von Verschweigungen nachgelassener Beweis, daß die Aerzte A. und B. den Verstorbenen früher behandelt haben, ist als erbracht anzusehen, sobald dargethan ward, daß nur Einer von ihnen dem Kranken seine Hülfe zu Theil werden ließ.

Die Kl. verlangen, [2] daß der von der Bekl. versuchte Beweis für verfehlt erklärt und ihrem Klagebegehren entsprochen werde. Jedoch mit Unrecht. Es konnte nämlich:

1) ihrer Ansicht nicht beigepflichtet werden, wenn dieselben, gestützt auf die Wortfassung der sechsten Beweis-Alternative, auszuführen versucht haben, es müsse eine ärzt-

liche Behandlung der beiden Doctoren Klokow und Heidenreich von Seiten der Bekl. dargethan sein, der Beweis, daß einer derselben den Meier Pollnow am 24. Dec. 1851 oder vor jenem Tage ärztlich behandelt habe, sei nicht ausreichend, um den Klageanspruch zu beseitigen. Anlangend nämlich:

a) zunächst den Grund, aus welchem der erkennende Richter die copulative Fassung [3] gewählt hat, so geben die Gründe zu dem Beweisinterlocut durchaus nicht zu erkennen, daß die copulative Fassung auf einer speciellen Reflexion desselben beruht hat, oder einen speciell von ihm gedachten Zweck verfolgte, oder der Ausdruck einer besondern rechtlichen An- und Absicht desselben gewesen ist. Der Grund seiner Fassung lag lediglich darin, daß sich derselbe der Parteibehauptung und deren Fassung ohne Weiteres angeschlossen hat, ohne die Consequenzen und Bedenklichkeiten, welche daraus etwa entstehen könnten, weiter zu überlegen. Nun ergiebt sich aber

b) aus dieser Quelle des Beweisinterlocutes, nämlich der Vernehmlassung, daß die Bekl. nicht nur kein besonderes Gewicht auf die Copulative gelegt hat, sondern [4] verständigerweise auch gar nicht die Absicht gehabt haben kann, auf den Umstand ein besonderes Gewicht legen zu wollen, daß Pollnow sich zur angegebenen Zeit durch beide gedachten Aerzte habe behandeln lassen. Denn die Vernehmlassung weist bei ihrer Behauptung auf die 15. Frage der Declaration hin, und benutzt die von Pollnow zu solcher gegebene Antwort zur Formirung ihres Einwandes. — Nun giebt aber diese 15. Frage durchaus keinen Anlaß dazu, auf die Consultation oder ärztliche Behandlung von zweien oder mehreren Aerzten besonderes Gewicht zu legen. Und eben so wenig der §. 67 der Statuten vom Jahre 1847, in dem daselbst angeführten hier zutreffenden Beispiel. Hat nun aber die Quelle des Beweisinterlocutes eine derartige Absicht nicht [5] gehabt, so läßt sich auch nicht annehmen, daß der Beweissatz, welcher nur aus dieser Quelle geflossen ist, einen andern Sinn haben sollte. Hierzu kommt endlich:

c) daß auch die grammatische Fassung des Beweissatzes nicht nothwendig auf die Folge hinführt, welche von dem Kl.

in Anspruch genommen wird. Vielmehr läßt sich derselbe auch sehr wohl dahin verstehen, es habe behauptet bzw. bewiesen werden sollen, daß Pollnow sich von dem Dr. Heidenreich und daß er sich von dem Dr. Klokow ärztlich habe behandeln lassen. Das Wesentliche des Beweissatzes war also der Umstand, daß und wann eine Behandlung stattgefunden; nicht aber ob sie von einem Arzte oder von mehreren besorgt ward. Anlangend nun aber

2) den materiellen Inhalt jenes Beweises, so [wird ausgeführt, der Beweis der Behandlung durch Heidenreich sei nicht, der einer durch Klokow vollständig geführt; 6. 7.]

---

# Chronologisches Namen-Verzeichniß

## 1848 bis 1864.[1])

~~1848. 17~~

### I. 1848 bis 1855.

265. Wismar'sche Litzenbrüder w. Grabau. 6. Jan. 1848.
266. Schmiedeamt w. Meyer. 20. Jan. 1848.
267. Geschiedene Albers w. Albers. 22. Febr. 1848.*
268. Klicks w. Köhn. 27. März 1848. + 20. Mai 1848.*
269. Liquid. Assecuranz-Compagnie v. 1825. 21. Juli 1848.
270. Nölck Wwe. w. Krohn j. Güterpfleger. 7. Sept. 1848.*
*271. Warnecke w. Bruhns & Sohn. 23. Sept. 1848.
272. Henck sen. w. Henck. 31. Oct. 1848.
273. Rehm u. Beythien i. B. d. Gemeinträger w. Mengstr. Klösterträger. 20. Nov. 1848.
274. Schultz w. unv. Hudoffsky. 30. Nov. 1848.
275. Stuhlmacheramt w. Schumann i. B. Tischleramts. 29. Dec. 1848.
276. Stuhlmacheramt w. Boldt i. B. Tischleramts. 29. Dec. 1848.
277. Tischleramt w. Meyer u. Boy. 31. Jan. 1849.
249. Rehwoldt w. Garbereiteramt. A. 31. Jan. 1846. B. 30. Jan. 1847. C. 12. Febr. 1849.
278. Bohl i. B. Garbereiteramts w. Benthien Wwe. i. B. Freischlachteramts. 13. Febr. 1849.
230. Gelbgießeramt w. Hardt. 30. Mai 1843.
279. Berg Tost-Vollstr. w. unv. Voß. 31. März 1849.
280. Drath w. Brauerzunft. 7. Mai 1849.
281. Pfaffenberger w. Hellmann. 31. Mai 1849.
282. Bunge Bevl. w. Maleramt. A. 19. Juni 1849. B. 18. Juli 1855.
283. Maleramt w. Stolterfoht u. commercirende Collegien. 19. Juni 1849.
284. Grampp i. B. Hauszimmerleuteamts w. Tischleramt. 10. Sept. 1849.
*285. See-Assec.-Verein v. 1838 w. Plitt u. Sohn. 30. Nov. 1849.
286. Dorfsch. Brodten u. Gen. (Werner u. Gen.) w. fiscalischen Procurator. 17. Dec. 1849. AWZ. 19. Dec. 1850 (Kiel).

---

[1]) Die Nummern 265 ꝛc. sind die des Archivs; die mit * bezeichneten Sachen ohne Urtheil beendet; die mit † bezeichneten, weil ohne erheblichen juristischen Inhalt, übergangen.

287. Jacobj & Suse w. Wiesenthal & Co. A. 22. Dec. 1849. B. 30. Mai 1854.
288. Dey u. Baruch Wwe w. Levy Wwe. 28. Febr. 1850.
289. Lütgens Wwe u. Gen. w. Zornig Güterpfleger. 22. April 1850.
290. Dorendorf w. Nau. 30. April 1850.
291. Tischleramt w. Schetelig u. Souchay & Suckau. 28. Mai 1850.
292. Elb-Assec.-Comp. w. See-Assec.-Verein v. 1838 u. fünfte Assec.-Comp. v. 1843. 17. Juni 1850.
293. Behncke w. Rhederei der Alma. 30. Sept. 1850.
294. Burmester w. Brauerzunft. 14. Nov. 1850.
295. Gadow w. Brauerzunft. 14. Nov. 1850.
296. Lüdert w. zur Nedden. 31. Dec. 1850.
297. Schultz Wwe w. Plitt u. Sohn. 31. Jan. 1851.
298. Stueck u. Gen. w. Platzmann. 8. April 1851.*
299. Janssen w. Lienau. 27. Sept. 1851.
300. Kornträger w. Rostockerträger. 20. Nov. 1851.
301. Lübbe Moidentiner Vorm. w. Günther Ehefr. Nov. 1851.*
302. Wilms i. V. Drechsleramts w. Krämer-Co. 15. Dec. 1851.
303. Elfeld Ehefr. w. Meister Test.-Vollstr. 18. Febr. 1852.
304. Gemeinträger w. Mengstr. Klösterträger. März 1852.*
305. Plitt u. Sohn w. Russow. 22. April 1852.
306. Niemann Wwe j. Kinder w. israelitische Gemeinde. 8. Mai 1852.
307. Uffhausen Nachfolgerin Güterpfleger w. Muhle & Co. 10. Juni 1852.
308. Gaettens u. 123 Gen. der Krämer-Co. A. 18. Nov. 1852. B. 22. Dec. 1853.
309. Meyer w. Polizeiamt. 29. Nov. 1852.
310. Knochenhauer w. Schröder. 29. März 1853.
311. Johst Ehefr. w. Schlichting Wwe. A. 30. April 1853. B. 8. Febr. 1855.*
312. Ollenstädt gen. Willöper Ehefr. Bekl. w. Reher Wwe. 5. Mai 1853.
313. Meyer w. Lüb.-Büch. Eisenb.-Ges. A. 23. März 1853. B. 11. Juni 1853.
314. Müter w. Hildebrandt. Juni 1853. (Breslau.)
315. Möller. 30. Juni 1853.
316. Vorster w. Ehefr. 5. Juli 1853.
317. Pincus w. Vaterl. Feuer-Vers.-Ges. A. 23. Sept. 1853. B. 12. Nov. 1855.
318. Möller w. Schlöpke u. Ehefr. u. Grambau. 12. Nov. 1853.*
319. Meye Wwe w. Deutsche Lebens.-Vers.-Ges. Nov. 1853.†
320. Prawdzicki w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. Nov. 1853.†
321. Kollecker w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. Nov. 1853.†
322. Prestien w. Finanzdepartement. 11. März 1854.
323. Scharbau Bekl. w. unv. Bruhns. 1. April 1854.†

324. Möller w. Jessen Ehefr. 31. Mai 1854.
325. See-Assec.-Verein v. 1838 u. Gen. w. Böttcher. A. 30. Juni 1854. B. 15. Juni 1855.
326. Prestien w. Lübert Wwe. 30. Juni 1854.
327. Träger-Corporation w. Direct. d. Lüb.-Büch. Eisenb.-Ges. 30. Sept. 1854.
328. Schönrock w. Branntweinbrenneramt. 26. Oct. 1854.
329. Branntweinbrenneramt w. Schmidt. 26. Oct. 1854.
330. Stechenbauer w. Borgwardt. 30. Oct. 1854.
331. Frahm w. Haacker Güterpfleger. 21. Juli 1853.*
332. Mcklenb. Dampfs.-Ges. w. Lüb. Dampfs.-Ges. 27. Dec. 1854.
333. Jacobj & Co. w. Zernitz. 11. Jan. 1855.
334. Müller w. Ehefr. 26. März 1855.
335. Kornträger w. fünfte Träger-Section. 29. März 1855.
336. Schwarz w. Dreger Ehefr. 29. März 1855.
337. Duncker w. Schümann. 21. Apr. 1855.
338. J. D. Plitt u. J. J. Plitt w. Raynals & Co. 23. Apr. 1855.
339. Raynals & Co. w. J. D. Plitt u. J. J. Plitt. 23. Apr. 1855.
340. J. D. u. J. J. Plitt w. Sillem Son & Co. A. 30. Apr. 1855. B. 7. Apr. 1857.
341. Lange u. Gen. w. Hildebrandt. 28. Apr. 1855. †
342. Vollstädt w. Carstens. 30. Apr. 1855. †
343. Kaping w. Derlien. A. 30. Mai 1855. B. 21. Juni 1856.
344. Martens w. Borchert. 12. Juni 1855.
345. Düsseldorfer Allg. Vers.-Ges. w. Behrens. 27. Juni 1855.
346. Savin w. Platzmann Söhne. 7. Juli 1855.
347. Savin w. Vers.-Verein v. 1836. 7. Juli 1855.
348. Bunge Bekl. w. Maleramt. 18. Juli 1855. (s. Nr. 282B.)
349. Schröder u. Parbst w. Träger-Corporation. 8. Octbr. 1855.
350. H. G. u. Th. D. Westphal w. Dillner. 26. Nov. 1855.
351. Steffen w. Baudeputation. 28. Juni 1855 und 6. Dec. 1855.
352. Finanzdepartement w. Rehder u. Gen. 27. Dec. 1855.*
353. Hartwig w. Ladungsinteressenten v. Schiff Twee Broeders. 22. Dec. 1855.
354. Gebr. Müller w. Strandquist. 25. Mai 1855 u. 9. Febr. 1856. †

---

## II. 1856 bis 1864.

355. Zöhrns Ehefr. w. Ehemann. 16. Febr. 1856.
356. Meyer w. Lübeck-Büchener Eisenb.-Ges. 31. März 1856.
357. Scharbau w. Kaping. 15. April 1856.
358. Bollow w. Bollow. A. 22. April 1856. B. 29. Juni 1861.
359. Wohlers. 8. Mai 1856.
360. Rath Ehefr. u. Gen. w. Höppner. 8. Mai 1856.
361. Christeinicke w. Vorstehersch. d. Marienkirche. 27. Mai 1856.
362. Luetjens w. Finanzdepartement. 29. Mai 1856.*
363. Pincus u. Gen. w. Görtz. 3. Juni 1856.*
364. Kaping w. Kemp. A. 15. April 1856. B. 17. Juni 1856.
365. Mounsey Janson & Co. w. Krüger & Co. A. 17. Juli 1856. B. 30. Juni 1860. C.*
366. Kayser Ehefr. w. Ehemann. 31. März 1856 † u. 21. Juli 1856.
367. Crome z. S. Leykum & Sohn w. Schnepel. 23. Sept. 1856.
368. Derlien Ehefr. w. Drath Wwe. 25. Sept. 1856.
369. Lübeck-Büchener Eis.-Ges. w. Steffen. 23. Oct. 1856.
370. Unv. Dose w. v. Duhn. 24. Nov. 1856.
371. Träger-Aelteste w. Dep. d. Brandkasse N. d. Gasbeleuchtung. A. 24 Nov. 1856. B. 16. Febr. 1860. C. 12. Dec. 1861. (Weggelassen: s. Note.)
372. Träger-Aelteste w. Behn. 24. Nov. 1856.
373. Ziems w. Kindt u. Gen. i. S. d. Weißbäcker. 29. Nov. 1856.
374. Christeinicke w. Vorstehersch. d. Marienkirche. 20. Dec. 1856.
375. Riesland w. Beuer. 26. Jan. 1857.
376. Deutsche Leb.-Vers.-Ges. u. Stolterfoht. 24. März 1857.
377. Russ. Ges. f. See- Fluß- Land-Vers. u. Gütertransport w. Colsman. 20. Juni 1857.
378. Jacobj & Co. w. Mann & Lilienthal. 14. Juli 1857.
379. Kahl w. Steuer- u. Stempel-Departement. 18. Juli 1857.
380. Leise Ehefr. u. Kopka w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. A. 18. Juli 1857. B. 21. Juni 1859.
381. Geslien w. Müller Ehefr. 20. Juli 1857.*
382. Kock w. Mau. 28. Sept. 1857.
383. Machon w. Koch. A. 28. Sept. 1857. B. 21. Juni 1860. † C. 2. März 1863.*
384. Stubbendorf w. Schlick u. Eckmann. 30. Oct. 1857.
385. Träger Hagen u. Gen. w. fiscalischen Procurator. 31. Oct. 1857.
386. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. w. Saling Ehefr. Test.-Vollstr. A. 30. Nov. 1857 (S. Nachträge). B. 21. Juli 1862.
387. Siebente Träger-Section i. S. d. Träger-Corp. w. Kornträger. 19. Jan. 1858.
388. Unv. Röge w. Röge. 30. Jan. 1858.
389. V. d. Ahé & Co. w. Freitag & Co. 5. Febr. 1858.

390. Schiffergel. w. Köhn. 20. Febr. 1858.
391. Kaths j. Voß w. Wiggers Wwe. 27. Febr. 1858.
392. Kahl u. Hartz Ehefrauen w. Kahts. 20. Febr. 1858.
393. Bogaske w. Ehefrau. 6. März 1858.
394. Poppe w. Achilles Erben. 11. März 1858.
395. Green & Co. Güterpfleger w. Maurenbrecher. 24. April 1858.
396. Grampp w. Lübeck-Büchener Eis.-Ges. 29. April 1858.
397. Mann w. Saling. 11. Mai 1858.
398. Lüdemann Jüchter & Co. w. Green & Co. Güterpfleger 31. Mai 1858.
399. Walte & Co. w. Fritz. 31. Mai 1858.
400. Lüders w. v. d. Ahé. 29. Juli 1858.
401. Möller w. Kollmann. 30. Sept. 1858.
402. Martens Kinder w. Kröger u. Gen. 5. Oct. 1858. (Greifswalde.)†
403. Commandite d. Waaren-Credit-Comptoirs d. Magdb. Handels-Co. w. Zimmermann. 28. Nov. 1858.
404. Obendorff Wwe. w. Ludwig. 16. Dec. 1858.
405. Krellenberg w. Brauer Erben. 31. Jan. 1859.
406. Carstenn Vorm. w. Groß. 19. Juli 1859.
407. Sapin w. Colsman. 27. Sept. 1859.*
408. Lüdemann Jüchter & Co. w. Green & Co. Güterpfleger 11. Oct. 1859.
409. Derlien w. Lübeck Büchener Eis.-Ges. A. 22. Octbr. 1859. B. 29. Febr. 1864.†
410. Stuhlmacheramt w. Boldt i. B. Tischleramt. 27. Oct. 1859.
411. Unv. Dose w. v. Duhn. 7. Nov. 1859.
412. Wennberg w. Olandt. 5. Nov. 1859.*
413. Rohde Güterpfleger w. Becker. 5. Nov. 1859.
414. Grube w. Dorfsch. Dummersdorf. 13. Dec. 1859.
415. Steuer- und Stempel-Dep. w. Kahl. A. 19. Juni 1858. B. 14. Jan. 1860.
416. Habelmann w. Behn. 31. Mai 1860.†
417. Loewenson w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. 14. Juli 1860.†
418. Caspary u. Gen. w. Deutsche Lebens-Vers.-Ges. 14. Juli 1860. (S. Nachträge.)
419. Fiscalischer Procurator w. Kahrstedt. 22. Oct. 1860.
420. Dritte Träger-Section i. B. d. Träger-Aeltesten w. Krüger & Co. (Dugge) 30. Oct. 1860.
421. Bölsche w. Luetjens & Co. 17. Nov. 1860.*
422. Schöpfer i. B. d. Böttcheramts w. Bandreißer. A. 30. Oct. 1860. B. 31. Oct. 1864.
423. Bohnhoff w. Zigra. 8. Oct. 1860.*
424. Müller w. Credit- und Vers.-Bank. 24. Jan. 1861.
425. Unv. Kröger w. Weichel j. Sohn. 7. Febr. 1861.
426. Träger w. Meiners. 18. Febr. 1861.

427. Knochenhauer w. Freyhöfer in B. Garbereiteramts. 18. Febr. 1861.
428. Gaedertz w. Actien-Ges. Casino. 11. März 1861. (Göttingen.)
429. Prösch Wwe w. Dorfsch. Albsfelde. 30. April 1861.
430. Leithoff Wwe w. Schümann. 1. Juni 1861.*
431. Ehlers w. Dorfsch. Dummersdorf. 4. Juli 1861.
432. Zweite Träger-Section i. V. d. Träger w. Baudeputation. 2. Sept. 1861.*
433. Kröger Test.-Vollstr. w. Grön Ehefr. 26. Sept. 1861.*
434. Credit- und Vers.-Bank und Thuringia w. Gibsone 29. Oct. 1861l
435. Benn Ehefrau w. Heins Wwe. 28. Nov. 1861.
436. Steinhagen w. Kroß. 23. Dec. 1861. †
437. Riesland w. Lebens- und Renten-Vers.-Soc. Hammonia Güterpfleger. A. 13. Febr. 1862. B. 26. Sept. 1864.
438. Gundlach Wwe Koch & Co. w. Stresow & Sohn. 20. Febr. 1862.* (2. U. aus Rostock.)
439. Görtz w. Pflug jr. 24. Febr. 1862.
440. Unv. Dose w. v. Duhn. 14. Juni 1862.
441. Möller w. Frister Test.-Vollstr. 16. Juni 1862.
442. Magdeb. Feuer-Vers.-Ges. w. Bohnhoff. A. 12. Juli 1862. B. 11. April 1864.
443. Röhl Ehefr. w. Ehemann. A. 29. Sept. 1862. B.*
444. Möller w. Frister Test.-Vollstr. Oct. 1862.
445. Riunione Adriatica di Sicurta w. Klevenhusen. 29. Nov. 1862.
446. Walte jr. w. Riunione Adriatica di Sicurta. 29. Nov. 1862.
447. Deutscher Phönix w. Wacker & Co. Güterpfleger. 29. Nov. 1862.
448. Deutscher Phönix w. Klevenhusen. 29. Nov. 1862.
449. Witt w. Bernhard & Co. 18. Dec. 1862.
450. Schweder u. Handelskammer. 18. Dec. 1862 u. 14. Febr. 1863.
451. Carsten u. Fennert w. Nittscher. 29. Jan. 1863.
452. Riunione Adriatica di Sicurta w. Walte. 26. März 1863.
453. Ehlers w. Dorfsch. Dummersdorf. 28. März 1863. †
454. Stuht Wwe u. Vorm. w. Dorfsch. Dummersdorf. 28. März 1863. †
455. Gähd u. Dielenträger w. Lübeck-Büchener. Eis.-Ges. 23. April 1863.
456. Bohl w. Knochenhauer u. Gen. 11. Mai 1863.
457. Unv. Wolff w. Philippson Test.-Vollstr.* (Palea.)
458. Unv. Dose w. v. Duhn. 14. Juli 1863.
459. Mahncke Tochter w. Prüßmann. j. Erb. 28. Nov. 1863.
460. Bentien w. Kind. 5. März 1864*
461. Frese w. Müller. 30. April 1864.
462. Meyer w. Spiering u. Gen. 31. Mai 1864.
463. Priest brothers w. Petersb.-Lüb. Dampfsch.-Ges. Dec. 1864.

# Alphabetisches Namen-Verzeichniß

1848 bis 1864.[1])



[1]) Die Nummern 394 ꝛc. sind die des Archivs; die mit * bezeichneten Sachen ohne Urtheil beendet; die mit † bezeichneten, weil ohne erheblichen juristischen Inhalt, übergangen. Mit Nr. 355 beginnt der gegenwärtige Band.

# Systematisches Sachregister.[1])

## Civilrecht.

**Allgemeiner Theil.** Handlungen gegen Gesetz. 384, 3. Die in l. 5. Cod. de leg. 1, 14. angedrohte Nichtigkeit bezieht sich auf Verletzung objectiver Rechtsnormen, nicht auf unbefugte Anmaßung subjectiver Rechtsbefugnisse. Collision von Rechten. 344. Durch die Aufhebung des Mühlenbannrechts im oldenburgischen Staatsgrundgesetz v. 18. Februar 1849 Art. 55. sind auch die im lübischen Gebiet lebenden Zwangspflichtigen von der Verbindlichkeit befreit, in den in Oldenburg belegenen Mühlen ferner mahlen zu lassen. Aufhebung von Rechten. 288, 5. Einem Territorialrecht wie einem auf besonderem Privilegium beruhenden persönlichen Recht kann durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch derogirt und ein anderes Recht substituirt werden. 288, 3. Es ist bedenklich, anzunehmen, daß da, wo mit dem Privilegium eines besonderen Gerichtsstandes ein Privilegium nach einem besonderen Recht beurtheilt zu werden verbunden ist, mit der Aufhebung des ersten Privilegiums auch das zweite hinwegfällt. Folgen rechtswidriger Handlungen. 442A, 7. Kein ohne gerechten Grund erfolgter Rechtsverlust darf Dem Vortheil bringen, von welchem die ungerechtfertigte Handlung, die ihn herbeiführte, ausgegangen ist. 442A, 8. Zum Begriff der ungerechtfertigten Handlung ist das Vorhandensein einer bösen Absicht bei Begehung derselben nicht erforderlich: es genügt, daß dieselbe bei der Rechtsverfolgung hervortritt. Bedingungen. Erfüllung. 442A, 10. Ob eine Bedingung nur dann für erfüllt zu halten sei, wenn die Absicht Dessen, welcher aus der Nichterfüllung Vortheil zieht, auf die Verhinderung der Erfüllung gerichtet ist (Savigny 3, 141. not. h.) — ist nicht entschieden. Zeit. 442A, 6. Contractsfristen sind kein utile tempus. Vertragsmäßige Verjährung. 442A, 9. Wenn durch Verweigerung von für die Klagerhebung erforderlichen Urkunden, deren Herausgabe erst durch ein Editionsgesuch erzwungen werden muß, die für die Klagerhebung bedungene Frist verstrichen ist, so darf der durch die Weigerung herbeigeführte Zeitablauf zur Beseitigung der Klage nicht benutzt werden. 442A, 2. Die Vorschrift der l. 3. C. de ann. exc. 7, 40. geht nur auf

[1]) Lübisches Particularrecht ist unter den betreffenden Materien zu finden.

gesetzliche, nicht auf vertragsmäßige Verjährungsfristen. 442A, 3. Die Vorschrift der l. 2. C. de ann. exc. 7, 40. setzt eine wirkliche Verwahrung voraus. Rechte Volljähriger unter Curatel. 337, 5. Haben nicht die Rechte Minderjähriger.

Sachenrechte. Besitz. Bittweiser. 451. Fällt die Bitte um Gestattung des Besitzes vor Beginn des Jahres vor Anstellung der Klage, so ist der Besitz nur dann fehlerhaft, wenn ein Zusammenhang zwischen der Bitte und den Besitzhandlungen des letzten Jahres nachgewiesen ist. 310, 4. Der Einwand der precaria possessio ist beim i. uti possidetis als eigentliche exceptio zu behandeln. p. 14. 316, 1. In dem Verkauf eines der Frau von dem Mann provisorisch überlassenen Mobiliars liegt kein Spolium, welches als Einrede den der Frau rechtskräftig zuerkannten Anspruch auf Alimente hemmen könnte. p. 4. 5. 388. Zum Beweise des an einem auf Namen lautenden Stadtcassebrief begangenen Spoliums genügt nicht dessen Entäußerung oder Vernichtung, sondern es muß daneben der Besitz jenes Briefs um die Zeit der Entäußerung nachgewiesen werden. Eigenthum. Schutz. 314. 345, 1. Nach der neueren Rechtssprechung des OAG. über die Beweislast bei der Negatorienklage hat der Kläger nur sein Eigenthum, der Beklagte dagegen, er mag im Besitz sich befinden oder nicht, das Vorhandensein der Servitut darzuthun. Nach der älteren Rechtssprechung mußte der Kläger auch das Nichtvorhandensein der Servitut beweisen, jedenfalls dann, wenn der Beklagte in deren Besitz war. Erwerb. 458. Der Empfänger eines Briefes erwirbt dessen Eigenthum. Servituten. Besitzesschutz. 310, 2. Das i. de itinere actuque privato 43, 19. ist nur dann statthaft, wenn behauptet wird, eine Wegegerechtigkeit sei an wenigstens dreißig verschiedenen Tagen des letzten Jahres vor Anstellung der Klage ausgeübt worden. 310, 3. Die deutsche Praxis hat bei den Servituten, für welche im röm. Recht keine besondere Interdicte eingeführt sind, durch ein utile i. uti possidetis Schutz gewährt; und dieser Schutz ist nicht auf die Servituten zu beschränken, welche der Gattung nach im röm. R. des Interdictenschutzes entbehren, sondern auch zu gewähren, wo das röm. R. einer Dienstbarkeit nur bei einer gewissen Art und Ausdehnung der Ausübung ihn giebt, sonst aber versagt: insonderheit bei periodisch zu übenden Wegegerechtigkeiten. Erwerb. Vertrag. 272, 1. Bei Ausübung einer durch Vertrag erworbenen Servitut ist der Berechtigte zu ungewöhnlichen Maßregeln im Interesse des Eigenthümers der dienenden Sache im Zweifel nicht verpflichtet. Auch dann nicht, wenn für die Ausübung der Servitut ein bestimmter Theil des Grundstücks angewiesen ist, und die Abwendung einer Beschwerung für den nicht dienenden Theil in Frage steht. 272, 2. Darüber wie ein Servitut auszu-

üben sei, entscheidet die Observanz, und es bedarf zur Feststellung des Umfangs dieser Ausübung der erwerbenden Verjährung nicht. Ersitzung. 343, 2. Hiezu ist der Nachweis geeigneter Besitzeshandlungen binnen 10 bzw. 20 Jahren erforderlich. Es gehört zum directen Gegenbeweis, daß die Besitzeshandlungen wider Verbot, heimlich, oder mit Vergünstigung stattgefunden, sowie, die Absicht bei der Ausübung sei nicht auf eine Servitut gerichtet gewesen. Ist jedoch das Nichtvorhandensein der Besitzesmängel dem Kl. zum Beweis verstellt, so bedarf es keiner Abänderung des Beweisurtheils, da die Beschaffenheit der Besitzeshandlungen im Endurtheil zu würdigen. p. 21, 22. 364, 1. Bei der Ersitzung einer Servitut durch Ausübung während 10 oder 20 Jahre ist weder nothwendig, daß dieser Zeitraum der Klagerhebung vorangehe, noch daß die Ausübung in die Besitzeszeit des Klägers falle. Nießbrauch. 279, 3. Der Nutznießer hat die Kosten der Versicherung von Gebäuden zu tragen, an welchen ihm der Nießbrauch zusteht. Caution. 279, 4. Der Testirer hat nicht die Befugniß, dem Nutznießer die Caution zu erlassen. p. 21, 24. 279, 5. Die Caution wegen Nießbrauchs einer vermachten Sache ist in einem Fall, wo die Kinder des Testirers nur auf den Nießbrauch des Vermögens, und erst deren Kinder auf die Proprietät eingesetzt sind, nicht dem Testamentsvollstrecker, sondern den Kindern des Testirers beziehungsweise deren Vormündern zu leisten. 279, 6. Weigert sich der Nutznießer die Caution zu leisten, so ist der Nießbrauch zu vindiciren. p. 24. 279, 7. Ist der Nutznießer außer Stande, Caution durch Bürgen zu leisten, so kann er den Umständen nach zu eidlicher Caution gelassen werden. Pfandrecht. Hypothekenbestellung für Contocourantforderung. 413, 2. Geschieht sie durch in Lübeck übliche Hypothekwechsel, so liegt darin ein Constitutum, und gewährt hypothekarische Vorzugsrechte im Concurs. Pfand. Veräußerung. Preis. 408, 2. Bei Specialverpfändung tritt im Fall der Veräußerung der Preis nicht an die Stelle des Pfandobjects. rat. 2.

**Forderungsrechte.** Allgemeines. Cession und Delegation. 408, 1. In dem bloßen Auftrag, den Betrag einer Forderung einem Dritten zu zahlen, liegt keine Cession oder Delegation der Forderung an den Dritten. Stillschweigender Vertrag. 303, 1. Wenn eine Person, welche nicht zu einer Klasse gehört, die regelmäßig für Lohn dient, und deren Gewerbe nicht hierin besteht, eine Reihe von Jahren in einem Hause Dienste geleistet hat, ohne daß ein Lohn bedungen wurde, so kommt es darauf an, ob es nach den Umständen als die Absicht der Parteien anzunehmen ist, daß sie Lohn erhalten solle oder nicht. 457, 1. Aus der Annahme von häuslichen Diensten, welche um Lohn geleistet zu werden pflegen, kann, je nach den Umständen des einzelnen Falles, die

Eingehung eines stillschweigenden Vertrages geschlossen werden. Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags. 365A, 4. Bei derselben trifft, es mögen versprochene oder selbstverständliche Eigenschaften vermißt werden, die Beweislast der gehörigen Erfüllung den Kläger. Führt er ihn durch Nachweis der Billigung mittelst unbeanstandeten Empfangs der Waare, so hat nunmehr der Empfänger darzuthun, daß die Genehmigung auf Irrthum beruht habe, welcher durch den Nachweis von Fehlern zur Zeit der Ablieferung geführt werden kann. Stellvertretung. Kunde von der Arglist des Mitcontrahenten. 437A, 5. Sie schadet dem Mandanten nicht, wenn der Mandatar zugleich Vertreter des Mitcontrahenten ist. Compensation. Verweisung zu besonderer Ausführung. 326, 2. Werden der liquiden Klage auf Rückgabe eines Pachtvorschusses Einreden aus Forderungen aus dem Pachtvertrag entgegengesetzt, welche durch das Geständniß des Pächters, jedoch verbunden mit der Behauptung, daß gedachte Forderungen durch näher specificirte ihm zustehende Gegenforderungen aufgehoben seien, liquide gestellt sind, so findet, wenn die Gegenforderungen in der Duplik geleugnet werden, nicht deren Verweisung zu besonderer Ausführung, sondern eine Verhandlung in demselben Verfahren statt. Darlehn. 358B, 1. Die Verzinsung einer Geldsumme enthält eine erhebliche factische Vermuthung für das Vorhandensein eines Darlehns. 358B, 2. Beurtheilung von Zeugenaussagen über die Frage: ob in einem concreten Fall ein zwiefaches Darlehn, zwischen einem Dritten als Gläubiger und dem Kläger als Schuldner, sowie zwischen Diesem als Gläubiger und dem Beklagten als Schuldner vorliege, oder ob der Dritte Gläubiger des Beklagten geworden sei und der Kläger sich verbürgt habe. Condiction wegen Nichtschuld. 408, 7. Rückforderung aus Nichtschuld setzt entschuldbaren Irrthum voraus, und ein solcher ist nicht vorhanden, wenn C., welcher der Correspondenz nach an A. zu zahlen hat, an B. zahlt. Wegen Diebstahls. 408, 8. Sie ist nicht schon dann begründet, wenn der Empfänger wissentlich eine ihm nicht gebührende Schuld angenommen hat, sondern nur dann, wenn der Zahlende den Gegenstand der Leistung dem Empfänger nicht geben wollte, und dieses dem Letzteren bekannt war. Also nicht wenn ein Consignatär dem Verkäufer der Waare zahlt. Wegen Ungrunds. 408, 9. Sie ist statthaft, wenn Etwas ohne Rechtsgrund in das Vermögen eines Andern gebracht oder der Anfangs vorhandene Rechtsgrund später hinweggefallen ist. Bereicherungsklage. 408, 10. Sind Vorschüsse auf Waaren deren Verkäufer vom Commissionär geleistet, und der Consignatär eines Theils jener Waaren zahlt den Erlös direct an die Masse-Curatoren des Verkäufers, so kann diese Zahlung von der Masse

auf Grund einer Bereicherung nicht zurückgefordert werden. Geschäftsführung. 324, 10. 11. Ein Gläubiger, welcher durch seine Intervention im Rechtsstreit des Curators mit einem Dritten, seinen Mitgläubigern genutzt hat, hat von diesen den Betrag seiner Proceßkosten nach dem Verhältniß ersetzt zu verlangen, in welchem er diesen Vortheil gebracht hat. Ueberhaupt. Bei Besorgung; gemeinschaftlicher, namentlich nicht wohl trennbarer Angelegenheiten kann verhältnißmäßiger Kostenersatz gefordert werden, sobald dem Handelnden die Mitbetheiligung Anderer bekannt war. p. 25—28. Interdict ne quid in loco publico fiat. 313B, 3. Es findet auf alle viae publicae Anwendung, und ist bei diesen auch restitutorisch. Interdict ne quid in via publica fiat. 313B, 2. Es geht auch auf Straßen in der Stadt, die nicht die Bestimmung haben, den allgemeinen städtischen Verkehr zu vermitteln, und ist jedenfalls dann bei solchen Straßen anwendbar, wenn ein einzelner Anwohner der Straße aus einem ihm speciell entstehenden Nachtheil klagt. Aquae pluviae arcendae actio. 356, 5. Das Verbot von Vorrichtungen, durch welche der Lauf des Regenwassers in einer für den Nachbar nachtheiligen Weise verändert wird, ist nur auf solche zu beziehen, durch welche dieses unmittelbar herbeigeführt wird. Damni infecti cautio. 356, 4. Zu deren Forderung bedarf es der Darlegung eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen der gefahrdrohenden Handlung und dem dadurch herbeigeführten Schaden.

**Familienrechte.** Ehe. Versprechen. Form. 274, 2. Wo zur Gültigkeit eines Eheversprechens die Beobachtung einer bestimmten Form gehört, da liegt in der Behauptung, die Ehe sei versprochen, auch die, daß jene Form beobachtet sei, und der Beweis kann allgemein auf das Eheversprechen gerichtet werden; namentlich dann, wenn es zweifelhaft ist, ob jene Form noch praktische Gültigkeit habe, wie z. B. bei der s. g. Inhibitio v. 1697. Klage auf Vollziehung der Ehe oder Zahlung einer Dotationssumme. 425. Erlischt durch den Tod des Schuldners selbst dann, wenn dessen Einlassung bereits erfolgt ist. Trennung von Tisch und Bett. Folgen für das Vermögen. 443, 1. Die deutschrechtliche Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett hat an sich keine Sicherheitsmaßregeln in Betreff des Vermögens zur Folge. Dieselben können daher nur eintreten im Fall einer Vermögens-Verschwendung oder Verschleppung. 443, 2. Haben sich die Ehegatten in ihrer Ehestiftung den Normen des franz. Rechtes unterworfen, so hat der deutsche Richter, vor welchem bei einem Rechtsstreit über Trennung der Gatten von Tisch und Bett vermögensrechtliche Fragen zur Entscheidung kommen, jene Normen zur Anwendung zu bringen. 443, 3) Wohnen Ehegatten in Frankreich ohne Autorisation der

Regierung, und sind demnach die Gerichte ihres Wohnortes nicht zuständig, dieselben von Tisch und Bett zu scheiden, wohl aber provisorisch die Güterverhältnisse, namentlich die der Frau während des Rechtsstreits zu reichenden Alimente, zu reguliren, so ist der Richter, vor welchen die Verhandlung über die Trennung von Tisch und Bett gehört, zuständig, derartige provisorische Verfügungen zu modificiren. Scheidung wegen Ehebruchs. 366, 1. Ist gerechtfertigt, wenn dieser auch nur durch concrete dringende Verdachtsgründe für erwiesen zu halten ist. Folgen der Scheidung. Alimente. 306, 3. Die zuerkannte Verpflichtung einer Ehefrau Alimente zu bezahlen, kann durch einen von derselben angetretenen Dienst beseitigt oder beschränkt werden. p. 9. 10. Eltern- und Kindes-Rechte. 443, 8. Das von dem Vater während eines Scheidungsprocesses einseitig verfügte Unterbringen eines Sohnes in einer auswärtigen Erziehungsanstalt ist dem Einspruch der Ehefrau gegenüber aufrecht zu erhalten, wenn die Verfügung dem Interesse des Kindes entspricht. 404, 1. Auch der Mutter steht nach gemeinem Recht gegen einen Dritten eine Klage auf Auslieferung ihres Kindes zu, wenn dieser ihr dasselbe vorenthält. 404, 2. Auch nach lübischem Recht kann eine Wittwe ohne die Vormünder ihres Kindes auf dessen Auslieferung wider Dritte klagen. 404, 3. Die Entscheidung über die Frage, wo ein Minderjähriger zu erziehen sei, steht nach gemeinem wie nach lübischem Recht der Obervormundschaft zu. Uneheliche Kinder. 274, 1. Die Nativitätstermine kommen auch bei unehelichen Geburten zur Anwendung, ohne Rücksicht auf den Reifegrad der Kinder.

Erbrecht. Erklärung eines letzten Willens. 435. Ist bei einer Zuwendung eine aufschiebende Bedingung oder eine Zweckbestimmung beabsichtigt? Verpflichtung eines Erblassers zur Inventur. 336, 1. Der künftige Erbe, auch wenn ihm, z. B. als Noth- oder Vertrags-Erben, sein Recht nicht willkürlich entzogen werden kann, ist nicht befugt, von dem noch lebenden Erblasser die Herausgabe eines Inventars oder einer eidlichen Specification zu verlangen. Collation von Aussteuer aus Muttergut. 324, 8. Haben Geschwister die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, so ist das Verlangen des Bruders, daß die Schwester ihre Aussteuer conferire, nur denkbar wenn dieselbe von der Mutter der Parteien aus einem von ihr besessenen Sondervermögen geleistet ward. p. 17. Vermächtniß eines Nießbrauchs. 279, 1. Bei diesem hat der Nutznießer die Lasten des Nießbrauchs zu tragen: alle Abgaben zu bezahlen, laufende Reparaturen von Gebäuden zu beschaffen und Grundstücke in dem bisherigen Stand zu erhalten. 279, 2. Der Beweis, daß der Testirer die Absicht gehabt habe, den Nutznießer von der Verpflichtung, die Lasten des Nießbrauchs zu tragen, zu befreien, trifft den Nutznießer. Fideicommiß-

erben. Theilung. 406. Die als Fideicommißerben berufenen „Nachkommen" eines namhaft gemachten Verwandten erben im Zweifel nach Köpfen und nicht nach Stämmen.

---

## Civilproceß.

**Justiz= und Verwaltungssachen.** 309, 2. Ein in Privatrechte eingreifender Senatsschluß ist nur dann nicht Justizsache, wenn sich aus demselben ergiebt, daß er von dem jus eminens des Staats Gebrauch gemacht, also seine Anordnung deshalb getroffen habe, weil sie im öffentlichen Interesse nothwendig sei. 308A, 1. Die Rechtsbeständigkeit von Beschlüssen einer Handelsinnung, durch welche deren Fortbestand afficirt wird, zu präfen, ist an sich Sache der Gerichte. 283, 1. Einstimmigkeit beider Parteien kann eine Polizeisache nicht zur Civilproceßsache machen. 415B, 2. Executivische Beitreibung von Steuern, welche A. schuldet, abseiten des B., enthält einen Eingriff in Privatrechte und gehört nach V. v. 5. Juli 1820, §. 2. vor die Gerichte. 385. Die nach §. 3. d. V. v. 5. Juli 1820 ausnahmsweise eintretende Zuständigkeit der Gerichte setzt voraus, daß die streitige Frage nach privatrechtlichen Normen zu entscheiden, und daß sie nicht bereits durch Gesetz entschieden sei. 277, 4. Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 6. entscheidet die Wette über Verbietungsrechte der Aemter als Polizei nur dann, wenn sie unbestritten sind; wenn bestritten als Gericht. 283, 2. Eine Verfügung der Wette darüber, wie groß die Cavelingen präparirter Farben bei Auctionen sein müssen, um zum en gros Handel gerechnet zu werden, ist von der Wette als Gewerbspolizeibehörde ergangen, und die Beschwerde darüber geht geht nach V. v. 5. Juli 1820 §. 6. an den Senat. 308A, 2. Die in V. v. 5. Juli 1820 §. 6. Abs. 2. bezeichneten „anderen Streitigkeiten" der Aemter rc. sind auch auf solche zu beziehen, welche an sich Justizsachen sein würden. 308A, 3. Darüber, ob V. v. 5. Juli 1820 §. 6. Abs. 2. auch auf die daselbst nicht benannten commercirenden Collegien zu beziehen, und nicht auf die benannten Aemter zu beschränken sei, ist der Beweis einer Observanz auferlegt. 450B. Erklärung von V. v. 5. Juli 1820. §. 15.

**Richter.** Unfähigkeit. 463, 1. Directoren einer Actiengesellschaft sind in deren Rechtsstreite nicht selbst Partei, sondern Vertreter der Partei. Schwager und Schwiegersohn eines Directors sind daher nach Analogie der in GVG. §. 31. Nr. 3. in Betreff der Vormünder enthaltenen Bestimmungen zur Ausübung des Richteramts unfähig. 463, 2. Bei Rechtsstreiten einer Actiengesellschaft sind die Inhaber von Actien nicht Partei, sondern haben an deren Ausgang nur ein mittelbares Interesse; GVG. §. 31. Nr. 1. findet daher auf sie keine Anwendung, und die Frage, ob das

mittelbare Interesse eine Betheiligung enthalte, daß der andern Partei ungeschwächtes Vertrauen auf die Unbefangenheit nicht zugemuthet werden kann, ist nach den concreten Umständen zu beurtheilen. Verdächtigkeit. 315, 1. Regreßansprüche an Mitglieder und Beamte des Senats und an diesen selbst berechtigen zur Recusation des aus Senatsmitgliedern bestehenden Obergerichts nur da, wo die zu treffende Entscheidung auf den Erfolg jener Ansprüche von Einfluß sein könnte. Besetzung des Gerichts. 428, 1. Wenn die in §. 56 OAGO. vorgeschriebene Zahl von vier stimmfähigen Mitgliedern nicht vorhanden ist, so sind die Acten zur Urtheilsfällung an ein auswärtiges Spruchcollegium zu versenden. Richterliche Befugnisse. 357, 2. Ist ein Eid unstatthafterweise als Wahrheitseid zugeschoben, so kann auf den Glaubenseid als minus erkannt werden. 230, 1. Der Richter hat die Befugniß, den Streit über den Besitz dem Streit über das Recht zu substituiren, selbst dann nicht, wenn Parteien ohne Sachwalt aufgetreten sind.

**Parteien**. Fähigkeit zur Proceßführung. 208B. Erfolgt die Aufhebung einer Handelsinnung durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, so sind dadurch die wider jene Innung obschwebenden Processe erloschen. Principal- und accessorische Intervention. 346. 347, 1. Ihr Unterschied beruht darauf, daß durch Erstere ein selbstständiges Interesse verfolgt wird, welches mit dem Interesse einer der Hauptparteien nicht in Verbindung steht, während, wo Letzteres der Fall, eine accessorische J. vorliegt. 346, 347, 2. Die Pr. J. braucht nicht nothwendig das Hauptobject des Processes zum Gegenstand zu haben. 346. 347. 3. Die Pr. J. kann gegen eine der Parteien des Hauptprocesses gerichtet sein. 346. 347, 4. Auslieferung eines Gegenstandes der Hülfe oder des Arrestes an den angeblichen Eigner ist Pr. J. Edition von Urkunden. 380, 1. Der Beklagte ist dem Kläger nicht editionspflichtig in Betreff von Urkunden Zwecks Führung des directen Gegenbeweises. 380A, 2. Gemeinsame Urkunden sind nicht blos solche, an denen ein Miteigenthum zusteht, sondern auch die, welche zum Gebrauch oder zur Regulirung der Rechtsverhältnisse des die Edition Suchenden verfertigt sind. Cautionen. 386A, 1. 443, 9. Sobald der Betrag einer Caution für die Proceßkosten verbraucht ist, muß auf Verlangen des Berechtigten eine Erhöhung eintreten. Proceßkosten. 374, 4. Schuldlosigkeit und Irrthum bei Beginn eines Rechtsstreits sind keine Gründe zur Kostenvergleichung. 349, 4. Ueber die Kosten erster J. wird in letzter so erkannt, wie bei richtiger Entscheidung der Hauptsache hätte erkannt werden müssen. 349, 5. Nach der Praxis des OG. zu Lübeck tritt eine Verurtheilung des Appellaten zum Ersatz der vom Appellanten aufgewandten Kosten niemals ein. 443B, 6.

Haben beide Theile an den zweiten Richter appellirt, die Beschwerden des einen sind verworfen, denen des andern entsprochen, so muß wegen Wechsels der Erkenntnisse und wegen gedachter Verwerfung ein Theil der in zweiter J. erwachsenen Gesammtkosten verglichen werden. 283, 3. Wenn das OG. eine Appellation verworfen hat, weil die angefochtene Verfügung nicht in einer Civilproceßsache ergangen sei und der Appellant in die Kosten verurtheilt ist, so kann das OAG., wenn an dieses weiter appellirt ward, ungeachtet der Bestätigung in der Hauptsache die Entscheidung in Betreff der Kosten wegen Zweifelhaftigkeit der Sache abändern. 334, 3. Verläßt OAG. seine frühere Rechtssprechung, so werden Kosten dritter J. verglichen. 374, 5. p. 40; 396, 3. Das Obsiegen in einem untergeordneten Nebenpunkt hat theilweise Kostenvergleichung nicht zur Folge. 345, 3; 349, 6; 408, 4. Sind durch eine Adhäsion keine besonderen Kosten erwachsen, und Adhäsions- wie Appellationsbeschwerden verwerflich, so kann der Appellant in sämmtliche Kosten der J. verurtheilt werden. Frivolitätsstrafe. 442B, 7. Das OAG. läßt keine Frivolitätsstrafe eintreten, wenn das v. U. in einem auch noch so geringen Punkte abgeändert worden ist. Armenrecht. 441, 1. Das Armenrecht muß für jeden einzelnen Rechtsstreit besonders nachgesucht und begründet werden. 444. Ein das Armenrecht abschlagender Bescheid muß dem Nachsuchenden behändigt werden, bevor die Gebühren von ihm eingezogen werden können. 337, 1. Die Zulassung zum Armenrecht ist keine der Rechtskraft fähige Verfügung, und die Auflage des Armeneides kann später nachgeholt werden.

**Nebenpersonen.** 315, 2. Bei klarer Verwerflichkeit eines Recusationsgesuchs ist darüber hinweggegangen, daß er gegen § 84 OAGO. nicht durch einen Procurator eingereicht ward. rat. 4. 408, 12. Atteste eines hamb. Mäklers dahin, daß Jemand Inhaber einer selbst überseeischen Firma sei, genießen beweisende Kraft, auch ohne Angabe des Grundes der Wissenschaft. (NG).

**Erstes Verfahren.** Rechtsgrund der Klage. 277, 3. Die Frage, ob aus einem gewissen Gesetz geklagt sei, ist besonders nach der Klagbitte zu beurtheilen; die ausdrückliche Anführung ist unnöthig. 286, 3. Die Sachlegitimation ist ein Theil des Klaggrundes. Ist ein Stück desselben unerwiesen geblieben, so muß Kläger abgewiesen werden. Wenn also das klagend verfolgte Recht nicht existirt, so hat keine Partei ein Recht auf Entscheidung der Frage, ob, wenn es existirt hätte, ein gewisser Kläger berechtigt sein würde, es zu verfolgen. 338, 2; 361, 5. Nach vom OAG. wiederholt anerkannter lübeckischer Praxis zieht das Unterlassen eventueller Einlassung neben vorgeschützten dilatorischen Einreden kein Präjudiz in der Hauptsache nach sich. Vielmehr ist bei Verwerflichkeit jener Einreden die

hauptsächliche Einlassung aufzulegen, mit welcher etwaige peremtorische Einreden verbunden werden dürfen, während weitere dilatorische Einreden ausgeschlossen sind. p. 18. 361, 2. Sind verzögerliche Einreden vor dem ersten Urtheil beseitigt, so darf um deswillen die Klage nicht mehr abgewiesen werden. Einlassung. 361, 4. Die Einlassung auf eine verbesserte Klage darf nicht um deswillen verweigert werden, weil die Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erstattet seien. Folgen versäumter Einlassung. 358A; 457, 2. Nach dem im lüb. Rechte wiederholten Rechte des sächsischen Proceßrechts hat die Nichtbeantwortung der Klage im Ganzen wie im Einzelnen auch ohne specielle Androhung, und gleichgültig, ob eine Partei mit Sachwalt versehen war oder nicht, für sämmtliche, in der Klagschrift enthaltene, erhebliche Umstände, die Fiction eines Geständnisses zur Folge. 437A, 7. Das in Lübeck geltende sächsische Princip bejahender Einlassung im Fall einer Nichtbeantwortung von Thatumständen der Klage in der Vernehmlassung gilt nicht für die späteren Proceßschriften. (Jetzt abgeändert.) Klaganderung. 271, 5. Ist nach Stat. 5, 3. Art. 1. nach der Kriegsbefestigung besonders in zweiter J. unzuläßig. Rechtshängigkeit. 361, 3. Die Einrede der Rechtshängigkeit wird durch die mindestens bis zur unbedingten Einlassung auf die erhobene Klage oder Widerklage, richtiger bis zur unabänderlichen Feststellung der Bedingungen einer endlichen Entscheidung zulässige Rücknahme derselben beseitigt. Die Rücknahme braucht nicht zu den Acten des früheren Processes zu erfolgen. Separatklage. 361, 1. Die Vorschrift vom Stat. 5, 3. Art. 3. steht der Anstellung einer Separatklage von Seiten des bisherigen Beklagten nicht entgegen, und ebensowenig kann gemeinrechtlich behauptet werden, während der Anhängigkeit einer Klage dürfe der Beklagte den Kläger nicht belangen. p. 3. 4.

**Beweisverfahren.** Zulässigkeit. 295, 7. Ist es nach den Umständen klar, daß ein Beweis sich nicht führen läßt, und verlangt eine Partei dennoch die Zulassung zum Beweis, ohne anzugeben, wie sie ihn zu führen vermöge, so ist ihr Antrag zu verwerfen. Einreden- und directer Gegenbeweis. Gegen den Beweis, ein Gut habe sich zur Zeit der Ablieferung von Seiten des Pächters durch dessen Schuld in einem Zustande befunden, welcher eine öffentliche Verpachtung unmöglich gemacht habe, ist die Behauptung, gedachter Zustand habe, wenigstens zum Theil, in dem Zustande des Gutes zur Zeit der Ueberlieferung an den Pächter seinen Grund gehabt, directer Gegenbeweis, und nicht Einredenbeweis; die Vernehmung von Sachverständigen über beide Punkte mithin zuläßig. Geständniß. 280, 3. Das Zugeständniß des Sachführers in Betreff eines Rechtsatzes schadet der Partei nicht. 400, 3. Thatsachen, welche von einer Partei nicht

behauptet sind, oder deren Gegentheil bereits durch Zugeständniß des Beweisführers erwiesen ist, dürfen diesem nicht zum Beweis verstellt werden. p. 8. 9. — 445. 448 Eine Beweiscopulative ist zu streichen, wenn deren Inhalt sich schon aus den Acten ergiebt. p. 3 bis 5. 311, 5. Stat. 5, 5 bezieht sich nur auf Geständnisse in streitigen Rechtssachen. Gegen Erklärungen (Geständnisse) eines Testirers selbst vor Gericht in nicht streitigen Rechtssachen ist der Gegenbeweis zulässig. Zeugen. Unfähigkeit. 316, 4. Wahrscheinlichkeit der Unerheblichkeit der Aussage eines Zeugen ist bedeutungslos für dessen Verwerfung. 316, 5. Zeugen, welche über ein von ihnen angeblich begangenes Fleischesverbrechen aussagen sollen, sind um deswillen nicht verwerflich. 316, 6. Das Verbot, Zeugniß in in eigener Sache abzulegen, bezieht sich nach gemeinem wie lübischem Recht (Stat. 5, 7. Art. 15.) nur auf die Rechtssache, in welcher, nicht die Thatsache, über welche Zeugniß abgelegt werden soll. 374, 2. Stat. 5, 7. Art. 15 spricht nur eine Unfähigkeit zum Zeugniß für Personen aus, welche an der rechtlichen Berathung oder Behandlung der Angelegenheit, welche Gegenstand des Rechtsstreits geworden ist, in einer ihre Unparteilichkeit aufhebenden Weise Theil genommen haben. 399, 2. Der stille Associé einer Handlung, zu welcher ein erkauftes Haus gehört, ist in einem Rechtstreit in Bezug auf diesen Kauf gemeinrechtlich wie nach Stat. 5, 7. Art. 15. ein unzulässiger Zeuge. 399, 3. Der Rechtssatz, unfähige Zeugen seien zum Zeugniß zuzulassen, wenn man der Natur der Sache nach keine anderen Zeugen haben könne, gilt nur in den von dem Gesetz speciell namhaft gemachten Fällen, und bei Unfähigkeit wegen eigenen Interesses überall nicht. Verdächtigkeit. 360, 3. 399, 1. Stat. 5, 7. Art. 20. berechtigt nicht zu dem Schluß, daß Vormünder, Schwäger und Blutsverwandte, wenn andere Zeugen zu haben sind, unfähige Zeugen seien, sondern die Unfähigkeit oder Verdächtigkeit richtet sich nach gemeinrechtlichen Grundsätzen. 374, 3. Handwerker, welche bei der Veränderung einer Sache als Techniker zugezogen wurden, sind in einem Rechtsstreit über den Zustand der Sache vor der Veränderung classische Zeugen. 382, 2. Der Umstand, daß ein Zeuge als Maurergesell des Beweisführers arbeitet, und eine Zeugin als Näherin bei ihm beschäftigt wird, begründet kein Abhängigkeitsverhältniß und keine Verdächtigkeit dieser Zeugen. p. 10. 382, 3. Gläubiger des Beweisführers sind nicht unbedingt verdächtige Zeugen: die Verminderung ihrer Glaubwürdigkeit hängt von der Größe ihrer Forderungen im Verhältniß zu dessen Vermögen ab. p. 10. 382, 4. Verurtheilung zu achtwöchigem Gefängniß wegen Diebstahls macht einen Zeugen in einem gewissen Grade verdächtig. p. 12. 382, 5. Die Aussage eines verdächtigen Zeugen gewinnt an Beweiskraft, wenn sie mit der eines classischen in Bezug auf denselben Vorgang über-

einstimmt. p. 13. Aussagen zu andern Beweissätzen. 431, 2. Eine Zeugenaussage, welche zu einem Beweissatze erfolgte, für welchen der Zeuge nicht vorgeschlagen ist, findet nach wiederholten Entscheidungen des OAG. bei Beurtheilung des Beweissatzes, für welchen sie erheblich ist, volle Berücksichtigung. rat. 3. Zeugenvernehmung. 333, 1. Arglist oder grobes Verschulden, wodurch die Abhörung eines auswärtigen Zeugen von Seiten des Beweisführers verzögert worden ist, berechtigt nach derzeitigem gemeinen Rechte nicht zum Ausschluß des Zeugen. 333, 2. Stat. 5, 7. Art. 9. ist gegenwärtig insoweit antiquirt, als der Ausschluß mit einem Zeugen erst dann eintritt, wenn dessen Vernehmung vom Richter binnen einer gewissen Frist anbefohlen und eine Ungehorsamsbeschuldigung hierauf erfolgt ist. Dagegen sind die in dem Art. 9. vorgeschriebenen Fristen noch geltendes Recht. 333, 4. Wer sich als Beweisführer auf auswärtige Zeugen beruft, hat deren Aufenthaltsort und das Gericht, wo die Vernehmung zu beschaffen ist, binnen einer vom Richter bei Verlust des Zeugen anzuberaumenden Frist anzuzeigen. Wiederholte Vernehmung. 364A. Dunkelheiten in Aussagen von Zeugen sind durch wiederholte Vernehmungen derselben aufzuklären. Neue Zeugen. 357, 1. Nach erhaltener Kunde vom Inhalt der Zeugenaussagen ist jede Vernehmung von Zeugen über gleiche Thatumstände ausgeschlossen: OAGO. §. 130. ändert hieran nichts. Sachverständige. 374, 1. Die Nichtzuziehung von Sachverständigen als Gehülfen des Richters bei der Urtheilsfällung über actenmäßige Thatsachen bildet keinen Gegenstand der Beschwerde für eine Partei, welche es unterlassen hat, ihren Beweis auf die Vernehmung von Sachverständigen über diese Thatsachen zu richten. Besserer Beweis. 437B, 3. Dem lüb. Proceßrecht ist das Institut besseren Beweises fremd. Richterlicher Eid. 366, 2. Die Zulässigkeit des richterlichen Ergänzungseides (auch in der Form eines Glaubenseides) läßt sich auch für Ehesachen der von dem OAG. stets befolgten Ansicht nach nicht in Abrede stellen. p. 33. 364, 2. Auf die Aussage eines classischen Zeugen hin kann beim Abgang von Gegenbeweisgründen ein Erfüllungseid erkannt werden. 281, 4. Bei gegenüberstehenden Vermuthungen ist eher auf Reinigungs- als auf Erfüllungseid, und eher auf Wahrheits- als auf Glaubenseid zu erkennen. Beurtheilung einer Beweisführung. 399, 4. Ein Fall, wo der Käufer eines Hauses den Verkäufer veranlaßt hatte, dasselbe einem Dritten zu höherem Preise abermals zu verkaufen und den Unterschied des Preises dem ersten Käufer auszuzahlen.

**Rechtsmittel.** Entscheidungen in den Gründen. 324, 5. Entscheidungsgründe sind nur insoweit der Rechtskraft fähig, als sie eine Grundlage für das Decisum bilden, sei es, daß

sie dessen dunkele Fassung aufhellen, sei es, daß sie sich über Voraussetzungen erklären, ohne welche ein Ausspruch in die Entscheidung nicht hätte aufgenommen oder mit Stillschweigen übergangen werden können. 393, 2. Der Rechtskraft fähige Entscheidungen können auch in den Gründen eines Urtheils enthalten sein. Rechtskraft. 312, 7; 396, 2; 400, 4. Es ist formell unzulässig in dritter J. sich über Entscheidungen des ersten Richters, welche von dem Beschwerdeführer in zweiter J. unangefochten geblieben sind, zu beschweren. 309, 5. Eine Appellation ist in dritter J. zurückzuweisen, wenn die Sache Mangels Einwendung beim ersten Richter an den zweiten nicht erwachsen war. 340A, 5. Der Grundsatz, daß der Oberrichter das zu erkennen habe, was der Unterrichter hätte erkennen müssen, darf nicht dazu benutzt werden, beim OG. einen Antrag auf ein Erkenntniß zu stellen, dessen Inhalt über Dasjenige, was der Unterrichter hätte erkennen können, hinausgehen würde: denn darin liege eine Entziehung der ersten J. p. 9. 10. Umwandelung eines Rechtsmittels. 367, 2. Die Umwandelung eines unrichtig gewählten Rechtsmittels in ein anderes zulässiges steht dem Richter nicht zu. 293, 1. Nach l. 1. §. 3. D. de app. 49, 1. ist es bedenklich, die Förmlichkeiten eines Rechtsmittels dann für gewahrt zu achten, wenn dasselbe bei einer andern J. ein- und ausgeführt worden ist. Fristen. 377. Die zur Appellationseinführung wie die zu deren Rechtfertigung gesetzten Fristen sind nach V. v. 5. Juli 1820 §. 27. 28. Nothfristen; und solche gemeinrechtlich der Parteiwillkür entzogen. 334, 1. 2. Die in V. v. 4. Mai 1814. §. 27. zur Einführung und Rechtfertigung der Appellation vorberaumte Nothfrist läuft an Sonn- und Festtagen, sowie in den Ferien ab; sie wird nicht bis zum nächstfolgenden Werk- oder Gerichtstag erstreckt. (Jetzt abgeändert.) 356, 1. Die in dem Expropriationsgesetz vom 24. Dec. 1842 vorgeschriebene dreiwöchige Appellationsfrist ist eine Nothfrist. Einführung und Rechtfertigung. 370. Die von einer rechtsunerfahrenen Person in einem Gesuch um Bestellung von Procurator und Sachführer vorkommende Aeußerung, „es werde auf die Voracten submittirt," darf als Rechtsmittel-Einführung aufgefaßt werden. Appellationssumme. 419, 2. 420, 3. Die Zulässigkeit einer Appellation ist in Betreff der Summe bedingt durch den Umfang der Rechtskraft. 290, 1. 293, 2. Gemeinrechtlich, in den freien Städten und nach OAGO. §. 36. richtet sich die AS. nicht nach der Klagbitte, sondern nach dem Inhalt der Beschwerde. Bescheinigung. 268, 1. Nach V. v. 5. Juli 1820. §. 16. ist das Dasein der AS. beim OG. zu bescheinigen. 268, 2; 351. rat. 2; 360, 1. Wenn V. v. 5. Juli 1820. §. 16. nicht befolgt ist, so darf die Appellation von dem OG. nicht sofort für desert erklärt werden, sondern das OG. hat zunächst eine Frist zur Nachholung

des Versäumten anzuberaumen. 268, 3. Eidliche Erhärtung des Vorhandenseins der AS. in zweifelhaften Fällen ist in KGO. 2, 28. §. 4. vorgeschrieben und noch heutzutage gebräuchlich. 360, 2. Liegt der Mangel der AS. nicht klar vor, und hat der Gegner die Berufungsfähigkeit nicht bestritten, so darf der Richter die Appellation annehmen. p. 5. 6. 431, 1. Hat der Appellant den Werth eines schätzbaren Streitgegenstandes in den vorderen J. als ganz geringfügig bezeichnet, so wird gleichwohl, auf Grund eines von ihm beigebrachten Attestes eines Sachverständigen, worin das Vorhandensein der AS. bescheinigt ist, wenn der Appellat nicht widersprochen hat, die Sache für appellabel erachtet. rat. 1. Gerechtsame. 266, 1. Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 14. ist bei Gerechtsamen das Dasein der AS. überall nicht erforderlich. Unschätzbare Gegenstände. 414. In V. v. 5. Juli 1820 §. 14. sind unter Gegenständen, die keiner bestimmten Schätzung unterworfen sind, solche zu verstehen, wo entweder jede Schätzung unmöglich oder solche der Natur der Sache nach zu keiner bestimmten Schätzung führen kann. 340B, 2. Beträgt die Forderung, für welche auf Fangzettel erkannt ward, weniger als die AS., so ist die Appellation dennoch statthaft, weil der bevorstehende Verlust der persönlichen Freiheit zu einem bestimmten Geldwerth sich nicht taxiren läßt. Schätzbare Gegenstände. 420, 2. Die Anwendung eines irrigen Rechtsprincips, welches für spätere Fälle nur die Bedeutung eines Präjudizes hat und nicht die einer rechtskräftigen Entscheidung, ist für die Appellabilität ohne Bedeutung. 322. Eine bei 1 Rthlr. Strafe binnen 3 Wochen auferlegte Leistung einer Grabenarbeit ist weder an sich ein keiner bestimmten Schätzung unterworfener Gegenstand und darum berufungsfähig, noch wird sie dies dadurch, daß die Arbeit zur gedachten Zeit wegen Frostes unausführbar war. 382, 1. Ist auf Bezahlung des Pachtzinses für einen einzigen Termin geklagt, und hat der Beklagte die Existenz des Pachtverhältnisses in Abrede gestellt, so wird die AS. nach dem Werthe aller noch künftigen Leistungen berechnet. 415A. Bei Rückforderung eines Steuerbetrags entscheidet dessen Höhe über das Vorhandensein der AS. 392. Die Herausgabe einer der Amortisation unterliegenden Schuldverschreibung über eine schon bezahlte Schuld Zwecks Tilgung im Hypothekenbuch ist kein Gegenstand von unbestimmter Schätzung, sondern die AS. wird durch die Kosten des Amortisationsverfahrens gebildet. 369. Ist der Werth des Streitgegenstandes nicht direct ermittelt, kann aber sein Verlust durch ein bestimmtes, die AS. nicht erreichendes Vermögensopfer abgewandt werden, so fehlt es an Berufungsfähigkeit. 420, 1. Ward die Arbeitsberechtigung eines Verlehnten gesetzlich fixirt, und ist nur die Zeit vor der Feststellung in Frage, so handelt es sich nicht mehr um eine für die unbestimmte Zukunft wirksame Gerechtsame, bei welcher es auf

das Vorhandensein der AS. nicht ankommt, sondern um ein fest begrenztes schätzbares Recht, in Bezug auf welches der Appellant das Vorhandensein der AS. nachzuweisen hat. 290, 2. Wenn einzelne Leistungen von wiederkehrenden Präſtationen eingeklagt werden, so ist die ganze Verbindlichkeit nur dann Gegenstand des Rechtsstreits geworden, wenn sie von dem Beklagten in Abrede genommen ist. 290, 3. Wenn der Richter zur Begründung seines Abschlags einer Entschädigungs-Forderung für die Holzlieferung eines Altentheilers sich darauf beruft, daß dieser sich desfalls zur Holzschlage-Zeit habe melden müssen, so ist damit der Gegenstand der Entscheidung nicht geändert, indem dadurch die Frage der Meldungspflicht nicht rechtshängig geworden ist. Berechnung der AS. 297, 1. Bei Berechnung der AS. werden die Beträge der Klage und Wiederklage zusammen gerechnet; jedoch muß letztere angestellt sein, um gedachten Rechtssatz zur Anwendung bringen zu können. 297, 2. Bei einem Editionsantrag richtet sich das Dasein der AS. nach dem Werth des Proceßgegenstandes, dessen Verfolgung durch jenen vermittelt werden soll, wenn dieser bestimmt auch seinem Werthe nach angegeben worden ist. 440. Berechnung. der AS. bei lebenslänglichen jährlichen Präſtationen nach l. 68 D. ad leg. falcidiam 35, 2. 330. Verzugszinsen und Proceßkosten kommen bei Berechnung der AS. nie in Betracht: weder in der Weise, daß sie in den Nennwerth der Beschwerde eingerechnet werden (V. v. 5. Juli 1820), noch so, daß ihretwegen appellirt werden könnte, wenn ihr Betrag, vereint oder abgesondert, für sich allein die AS. erreichen sollte. (Halle.) 364, 7. Neben der Summe, welche der Appellat aus einer Concursmasse zu erhalten hat, kommt bei einem Prioritätsstreit auch die Summe in Betracht, welche der Appellant durch seine sämmtlichen Beschwerden, deren Betrag zusammengerechnet wird, gewinnen würde. p. 9—16. 324, 6. Wenn der Betrag einer Concursmasse zwar von dem Curator zu einer Summe angegeben ist, bei deren Zugrundelegung ein Profitent einen die AS. nicht erreichenden Betrag seiner Anmeldung erhalten würde, und ein anderer Profitent denselben abstreitet, so ist die AS. dennoch als vorhanden anzunehmen, sobald auf Grund vorbehaltener Erinnerungen gegen die Angabe des Curators die Möglichkeit bleibt, daß der erste Profitent mit dem Gesammtbetrag seiner die AS. überschreitenden Forderung zur Perception gelangt. p. 9—13. Nichtberufungsfähige Sachen. 450A, 2. Wenn vom OG. ein Antrag zurückgewiesen ist, weil keine Justizsache vorliege, so muß dasselbe der dagegen eingewandten Appellation an das OAG. deferiren, falls deren sonstige Voraussetzungen vorliegen. 317B, 1. Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 9 sind nur Zwischenbescheide mit rechtlichem Einfluß auf die Entscheidung der Sache appellabel. 317B, 2. Ein Decret, wodurch eine Fristerstreckung

für die Vernehmlassung in zweiter J. abgeschlagen wird, ist nicht appellabel. 243B. Gegen einen Bescheid, wodurch im Decisum ein Zeuge unter Vorbehalt der Einreden zugelassen wird, kann auch dann nicht appellirt werden, wenn ihn die E.-G. für nicht gänzlich unzulässig erklärt haben. Der Product darf alsdann im Hauptverfahren auf die gänzliche Unzulässigkeit zurückkommen. 405. V. v. 29. November 1848 (GS. p. 126), welche die Berufung gegen Bescheide ausschließt, wodurch Beweisartikel für zulässig erkannt sind, findet Anwendung, es mag die Zulässigkeit aller oder nur einzelner Beweisartikel angefochten sein. 396, 1. Gegen Bescheide, durch welche die Instruction eines eventuellen Zeugenbeweises angeordnet wird, ist der § 9. unt. 1. d. V. v. 5 Juli 1820 ungeachtet Appellation zulässig, wenn jene Anordnung auf gänzlicher oder theilweiser Verwerfung eines principaliter angetretenen Urkundenbeweises beruht. 393, 1. Unter den in §.9 unter 2. und §. 15 unter 3. der V. v. 5. Juli 1820 genannten Inhäsivbescheiden sind nicht diejenigen Verfügungen zu verstehen, welche ein Richter, nachdem er dieselben auf einseitigen Antrag erlassen, auf dagegen erhobene Remonstration erneuert; sondern solche Bescheide, wodurch Etwas, was bereits früher unter den Parteien rechtskräftig, und zwar gleichgültig, ob von demselben oder einem andern höheren oder niederen Richter entschieden war, wiederholt ausgesprochen wird. p. 4. V e r s a g u n g a u f s c h i e b e n d e r W i r k u n g. Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 10. 1. b. soll Berufungen gegen nur provisorische, auf die Sache selbst und deren künftige Entscheidung nicht einwirkende Verfügungen kein Suspensiveffect beigelegt werden; angewandt auf den Abschlag eines Inhibitoriums gegen einen Strafbefehl, betreffend das Verlassen der ehelichen Wohnung von Seiten der Ehefrau, und deren Rückkehr zu ihren Eltern. 340B, 1. Nach V. v. 5. Juli 1820 §. 10. Nr. 1. i. vergl. mit §. 17. sind Appellationen gegen Ertheilung eines Fangzettels ohne aufschiebende Wirkung; mithin eine gänzliche Versagung der Appellation auf Grund der ang. V. §. 9. Nr. 4. verb. mit §. 15. Nr. 3. in derartigen Fällen unstatthaft. p. 2. B e s c h w e r d e n i n d e r R e c h t f e r t i g u n g s s c h r i f t. 291, 1. Es ist nichts weniger als zweifellos, ob Appellant, welcher bei Einführung des Rechtsmittels seine Beschwerden aufgestellt, und mit einem Fristgesuch zu deren Rechtfertigung verbunden hat, in der Rechtfertigungsschrift befugt war, eine neue, [die Scheerrahmen, in Bezug auf welche die Befugniß des Amts zu deren Anfertigung im W. U. anerkannt war,] betreffende Beschwerde hinzuzufügen. [Unbeantwortet Mangels Beschwerde beim OAG]. p. 4. 324, 2. Nach Ablauf der Einführungsfrist in der Rechtfertigungsschrift aufgestellte Beschwerden sind ausgeschlossen. p. 3. 382, 6. Bei Beschwerden über App.-Abschlag sind die Beschwerden in der Hauptsache nach §. 118 OAGO. voll-

ständig anzugeben; und die Aufstellung neuer Beschwerden in der Rechtfertigungsschrift ist unzulässig. p. 14. Zuerkennung eines Minus. 365B, 2. Der höhere Richter ist befugt, auf Grund einer weitergehenden Beschwerde eine geringere Abänderung des v. U. auszusprechen, ausgenommen, wenn nach der Richtung, in welcher eine Abänderung erfolgen müßte, eventuelle Beschwerden aufgestellt sind. Neue Thatumstände. 311, 4. Auf Thatsachen, welche in erster J. als Vermuthung vorgebracht, in dritter aber bestimmt behauptet sind, ist §. 130 OAGO. nicht anzuwenden. 271, 6. Nach dem auch für das OG. gültigen §. 130. OAGO. dürfen in zweiter J. nur neu entstandene Thatsachen und neu aufgefundene Beweismittel benutzt werden. 282A, 3. Wenn einer Partei durch ihre grobe Nachlässigkeit ein gewisser Thatumstand unbekannt geblieben ist, so hat sie auf die Rechtswohlthat neuen Vorbringens keinen Anspruch. 274, 3. Der Einwand früheren Umgangs mit anderen Männern darf der Forderung pro defloratione in zweiter J. nicht entgegengesetzt, auch kann die Versäumniß der Einrede in erster J. nicht durch Berufung auf rusticitas und Unbekanntschaft mit dem lateinischen Ausdruck defloratio entschuldigt werden. 329, 4. Ein in früherer J. auferlegter Beweis darf nie dadurch beseitigt werden, daß er in höherer geführt wird: selbst dann nicht, wenn sich der Gegner auf die neu producirten Beweismittel ohne Widerspruch eingelassen hat. 329, 5. Neue Thatumstände und Beweismittel, durch welche eine Verurtheilung als zu beschränkt angefochten wird, sind zu berücksichtigen, wenn sich der Gegner in höherer J. ohne Widerspruch darauf eingelassen hat. p. 17. 400, 5. Die Erklärung über neues Vorbringen kann von dem OAG. dem Gegner bei Strafe des Eingeständnisses aufgegeben, und dieses Präjudiz sodann vollstreckt werden. p. 10. 282A, 2. Im Fall des §. 132. OAGO. können die Acten des OAG. dem vorigen Richter mitgetheilt werden. Adhäsion. 378, 2. Sind in einer Entscheidung zwei Punkte, der eine stillschweigend, der andere ausdrücklich festgestellt, und ergreift die eine Partei gegen den letzteren ein Rechtsmittel, so darf die andere nach §. 135. OAGO. im Betreff des ersteren adhäriren. 365A, 1. Wenn durch eine Beweisauflage die factisch liquide Einrede verspäteter Lieferung verworfen ist, und Kläger gegen die Beweisauflage appellirt, so kann Beklagter wegen Verwerfung der Einrede adhäriren. Denn derselbe Theil des Erkenntnisses steht in Frage: OAGO. §. 135; Bek. v. 13. Aug. 1831. p. 3. 4. 365A, 5. Neben einem selbstständig ergriffenen Rechtsmittel kann dem des Gegners adhärirt werden. Außergerichtliche Appellation. 393, 3. Sie ist unanwendbar, wo es sich um Abänderung einer nach contradictorischem Verfahren in einer Civilproceßsache ergangenen richterlichen Entscheidung handelt. p. 8. 9. 450A, 1. Sie findet

statt, wenn dem Appellanten noch keine Proceßpartei gegenüber steht, nicht minder wenn eine Klage vor der Verhandlung abgewiesen wird. 340A, 1. Ein Bescheid, durch welchen die Abgabe eines Erkenntnisses gegen den Beklagten vor Beendung seines Concurses abgelehnt, und hiedurch unmöglich gemacht wird, vor diesem Zeitpunkt einen Fangzettel gegen den Beklagten zu erwirken, ist der Rechtskraft fähig, und mit der ordentlichen nicht mit der Extrajudicial-Appellation anzufechten. p. 2. 3. 359, 1. Die Angabe der Beschwerden bei Einwendung von außergerichtlichen Appellationen ist nach gemeinem Recht wie in Lübeck eine bei Strafe der Desertion des Rechtsmittels zu beobachtende Förmlichkeit. Nichtigkeitsbeschwerde. 415B, 1. Nichtigkeiten, aus denen einer Partei kein Nachtheil erwachsen ist, dürfen nicht geltend gemacht werden. 415B, 3. Nichtigkeiten dürfen nach §. 41. OAGO. aus dem Inhalt eines Urtheils nicht abgeleitet werden. 379. Nach constanter Praxis des OAG. ist in dem Fall, wo gegen ein Verfahren erster J. Nichtigkeitsgründe in zweiter J. geltend gemacht, daselbst geprüft und verworfen sind, hiegegen nur eine Appellation, nicht aber eine auf dieselben Gründe gestützte Nichtigkeitsbeschwerde das in dritter J. zulässige Rechtsmittel. 391, 1. Versehentliche Nichtberücksichtigung einer eventuellen Eideszuschiebung von Seiten des Richters bewirkt Nichtigkeit im Verfahren. 391, 2. Die Nichtigkeit eines Erkenntnisses in einem von dessen übrigen Inhalt trennbaren Punkte hat nicht die Aufhebung des ganzen Erkenntnisses, sondern nur des betreffenden Theiles zur Folge. Einfache Beschwerde. 286, 1; 309, 4; 317B, 3; 393, 4; 441, 2. Sie ist bei dem OAG. nur zulässig, wenn der vorige Richter sich entweder bloß negativ verhalten hat, also im Fall verweigerter oder verzögerter Justiz, oder wenn er sich bei Ausübung seiner Rechtspflichten einer erheblichen Ungebühr schuldig machte: nie gegen auf Rechtsgründe gestützte oder lediglich dem Richterermessen anheimfallende Verfügungen. So nach wiederholten Entscheidungen. 309, 3. Sie ist zurückzuweisen, wenn es an dem nach §. 43. OAGO. erforderlichen Nachweis fehlt, daß deren Abhülfe beim vorigen Richter beantragt sei. 367, 1. Der Satz, daß die einfache Beschwerde unzulässig ist gegen die aus Rechtsgründen abgegebenen richterlichen Entscheidungen, findet auch auf die gegen Anwälte erkannten Disciplinarstrafen Anwendung. 398. Einfache Beschwerden über ein OG. wegen Justizverzögerung sind unbegründet, wenn diese einem Spruchcollegium zur Last fällt, welches nicht durch das OAG., sondern schließlich durch einen Antrag des OG. bei dem, dem Spruchcollegium vorgesetzten Ministerium zur Pflichterfüllung angehalten werden muß. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 442, A. 1. Restitution darf nur erkannt werden, wenn darum gebeten, und wenn der Gegner über die

Bitte gehört ist. Diese Regel gilt nicht bloß bei processualischen Versäumungen. 324, 4. Restitution ist unzulässig, sobald ein Verschulden des Imploranten concurrirt. p. 4. 335. Nach der dem §. 158. OAGO. gegebenen günstigsten Anwendung (L. Marktklosterträger w. Gemeinträger, März 1835) ist Restitution wider die versäumte Einwendungsfrist im Fall der Wissenschaft spätestens bei der Einführung nachzusuchen. 359, 2. Nach §. 158 d. OAGO. läuft die Frist zur Nachsuchung der Restitution gegen die Desertion des Rechtsmittels von dem Tage an, wo die Partei von der Desertion Kunde erhielt. 359, 3. Nach §. 158. d. OAGO. muß eine Partei, welche die Einwendungsfrist der Appellation versäumt hat, binnen zehn Tagen nach erlangter Kunde vom Desertionserkenntniß wider solches Restitution suchen, später ist das Gesuch unzulässig. 313A. Ist in der Geschäftstabelle des Sachführers der Ablauf der Einführungsfrist irrig auf ein zu spätes Datum notirt, so liegt darin ein nach §. 160. OAGO. zulässiger Restitutionsgrund, dessen Bescheinigung, zumal wenn der Gegner die Richtigkeit nicht beanstandet, durch jene Tabelle ausreichend beschafft wird. 324, 3. Gegen in zweiter J. versäumte Beschwerden kann nur beim OG. Restitution gesucht werden. p. 4.

**Summarische Processe.** Provisorische Entscheidung. 333, 3. Es ist unzulässig, einen Rechtsstreit provisorisch zu entscheiden, und den Einfluß, welchen eine nicht sofort zu bewirkende Zeugenvernehmung haben würde, einer späteren Erkenntniß vorzubehalten. Personalarrest in Lübeck. 339, 1. Stat. 5, 12. Art. 6. ist nicht antiquirt; und jeder Personalarrest muß noch jetzt beim dirigirenden Bürgermeister (seit 1. März 1864 beim Director des Stadt- und Landgerichts bez. dem Vorsitzenden des Handelsgerichts, CPO. §. 41.) nachgesucht werden; auch dann, wenn dieser Arrest während des Laufs eines Rechtsstreits gegen den Beklagten erwirkt werden soll. Arrest während Fangzettelverfahrens. 339, 2. Auch während des Verfahrens über einen nachgesuchten Fangzettel darf zu dessen Sicherung ein provisorischer Personalarrest in Lübeck nachgesucht werden. Besitzproceß. 310, 1. Für die Beantwortung der Frage, ob das possessorium summariissimum oder das ordinarium angestellt sei, ist die Klagbitte auf Schutz im Besitz „non obstante aliqua appellatione" in Lübeck nicht entscheidend, weil, wenngleich V. v. 5. Juli 1820 §. 10. Nr. 1. c. den Suspensiveffect nur bei Erk. über den jüngsten Besitz versagt, die basige Praxis gleichwohl geneigt ist, ihn auch bei Erk. auf Schutz im ordentlichen Besitz eintreten zu lassen (Willrath w. Nölck Jan. 43.), und überdies in concreto der Zusatz durch die geltend gemachte Dringlichkeit der Sache (V. §. 10. Nr. 2) veranlaßt sein konnte. p. 5. 6. 310, 5. Im Streit über den ordentlichen Besitzstand wird für die Klage wie für Einreden keine

bloße Bescheinigung, sondern Beweis verlangt, p. 15. Edictalien bei Werthpapieren. 376. Proclame an unbekannte Berechtigte zur Geltendmachung ihrer Ansprüche dürfen bei Inhaberpapieren nur erkannt werden, wenn deren Besitz bescheinigt ist (rat.), bei Papieren auf Namen dagegen wird die Bescheinigung vorausgesetzt, daß das Papier auf den Namen des Nachsuchenden gelautet, oder rechtlich (durch Cession oder Erbgang) auf ihn übergegangen sei.

**Concursrecht und Proceß.** Beginn des Concurses. 395, 2. Nach gemeinem wie nach lübischem Recht ist Concurs ausgebrochen, sobald eine darauf gerichtete Erklärung des Gerichts oder des Gemeinschuldners ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen vorhanden ist. Zu letzteren gehört die Flucht des Gemeinschuldners noch heutzutage. 395, 3. Zur Annahme des Fallissements einer Firma genügt die Flucht des dirigirenden Associé's. Nichtigkeit von Verfügungen des Cridars. 395, 1. Die vier Wochen, welche im G. B. von 9. Februar 1803 für die Nichtigkeit von Erwerbungen wie Veräußerungen eines Gemeinschuldners verordnet sind, werden von Ausbruch des Concurses berechnet. 395, 4. Wer die Rückgabe der Waare aus der Masse verlangt, hat zu beweisen, das der Empfang in den Zeitraum von vier Wochen vor Anfang des Concurses falle. Deckungen. 289, 1. Nach lübeckischer Praxis ist eine unerlaubte Deckung alsdann vorhanden, wenn ein Gläubiger, welcher seine vollständige Befriedigung bei Ausbruch des Concurses nicht erwarten durfte, Zahlung erhält, oder sonst befriedigt wird, und hierdurch wissentlich anderen Gläubigern die Mittel zu deren Befriedigung entzieht. 289, 2. Nach l. 10. § 13. D. quae in fraudem. 42, 8. steht einer betrügerischen Veräußerung der Fall gleich, wenn sich Jemand für eine alte Forderung Sicherheit bestellen läßt. p. 12. 289, 3. Nach l. 17 §. 1. D. quae in fraudem. 42, 8. soll von einer Person, welche weiß, daß sie Gläubiger hat, und ihr gesammtes Vermögen veräußert, ohne Weiteres die Absicht, jene Gläubiger zu betrügen, als vorhanden und bewiesen angesehen werden. p. 17. Paulianische Klage. 287, 8. Sie kann auch von einem einzelnen Gläubiger angestellt werden, zu dessen Nachtheil die Veräußerung gereicht. Güterpfleger. 401, 1. Nicht sämmtliche Pflichten eines Vormundes dürfen ohne Weiteres auf Güterpfleger im Concurs analog angewendet werden. Insonderheit ist der Güterpfleger nicht zu jähriger Rechnung verpflichtet, falls nicht das Concursgericht es für nöthig erachtet, dieselbe besonders anzuordnen. 401, 2. Der Güterpfleger ist nach lübischem Recht nicht verbunden, Concursgelder zinsbar anzulegen. Massevermehrung. 324, 9. Wenn in einem Rechtsstreit des Curators mit einem Dritten ein Gläubiger als Intervenient auftritt und einen Umstand geltend

macht, wodurch jener Dritte mit seiner Forderung abgewiesen wird, so kommt dieselbe der Masse zu Gute, und der Intervenient hat kein vorzügliches Recht auf den Betrag. p. 22. 23. Vermögenserwerb nach Güterabtretung. 411. Die Behauptung, daß ein ehemaliger Cridar, welcher zur RWohlthat der Güterabtretung gelassen ist, wieder zu Vermögen gekommen sei, gehört, wenn nicht zum Klaggrund des bereits im Debitverfahren oder erst jetzt aufgetretenen Gläubigers, jedenfalls, nach vor geschützter Einrede aus der Güterabtretung, zu dessen Replik. Anhang. Fangzettelverfahren. Ist aufgehoben durch V. v. 13. Nov. 1863. art. 1. XIII. n. 2. seit dem 1 März 1864. 338, 1. Gegen einen Schuldner kann nach lübeckischem Rechte während der Dauer seines Concurses unter Verzichtleistung auf dessen gegenwärtige Güter, auch wegen einer noch nicht rechtskräftig feststehenden Forderung geklagt, und damit die Bitte um Ertheilung eines Fangzettels verbunden werden. 338, 3. Das Recht auf Ertheilung eines Fangzettels ist nicht durch selbstverschuldete Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bedingt rat. p. 2. 340B, 5. Ob das Recht auf Ertheilung eines Fangzettels durch selbstverschuldete Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bedingt sei, ist unentschieden gelassen. 340A. 9. Der Kläger darf sich darüber, ob er die Hülfe gegen das Vermögen oder gegen die Person des Schuldners mittelst Fangzettels richten wolle, noch nach rechtskräftiger Entscheidung erklären: die im Lauf des Verfahrens bei Gelegenheit der Concurseröffnung über das Vermögen des Beklagten erfolgte Erklärung, sich nur an die Person halten zu wollen, ist mithin keine Klageänderung. 340B. 3; 449. Der Antrag auf Ertheilung eines Fangzettels geht nur verloren durch Einlassung in den Concurs. 340B. 4; 449. Ein Erscheinen des Gläubigers durch einen Bevollmächtigten vor einer vom Senat zur Abwendung des Concurses verfügten Debitcommission enthält keine Einlassung in den Concurs p. 14. 15.

---

## Deutsches Privatrecht.

**Quellen.** Statut. Lübisches. 311, 1. Gilt im ganzen Stadtgebiet auch außerhalb der Landwehr mit Ausnahme der ehemaligen Capitelsdörfer.

**Personenrecht.** Juden. 288, 1. Wo die Juden vor den ordentlichen Landesgerichten Recht nehmen, da gilt das Recht des betreffenden Landes als Entscheidungsquelle, insofern nicht das Ritualgesetz der Juden in Frage steht, oder die Anwendbarkeit des jüdischen Recht's durch autonomische Dispositionen begründet ist. 288, 4. Die Juden in Moisling standen bis zum Staatsvertrage v. 22. Januar 1802 unter holsteinischer Herrschaft und waren

vermöge Privilegiums Christian IV. v. 1. August 1661 §. 6 „verpflichtet, vor dem Rabbiner in Altona was unter ihnen streitig oder strafbar beurtheilen zu lassen." Das Privilegium enthält keine besondere Einräumung des Gebrauchs des jüdischen Rechtes, sondern dieser war nur Selbstfolge der Jurisdiction des Rabbiners, und ist mit deren Aufhebung bei Abtretung von Moisling an Lübeck wegfallen. 288, 6. Seit der Abtretung von Moisling an Lübeck ist bei den Streitigkeiten der Juden untereinander beständig nicht jüdisches sondern lübisches Recht zur Anwendung gebracht, und letzteres dem ersteren jedenfalls durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch substituirt. 288, 2. Erbrechtliche Streitigkeiten der Juden gehören nicht zu deren Ritualgesetz, falls nicht dessen Begriff durch besondere Gesetze oder Herkommen erweitert ist. Armenverpflegung. 429. Verpflichtung, für zugezogene Gemeindeglieder im Fall der Verarmung zu sorgen. Steuern in den Capitelsdörfern. 286, 2. Die s. g. Capitelsdörfer Brodten, Gneversdorf, Ivendorf, Teutendorf, Genin, Oberbüssau und Niederbüssau sind der durch V. v. 3. Juni 1843 eingeführten Militärsteuer unterworfen, und von gedachter Steuer durch die Vergleiche vom 21. Oct. 1793 bezw. 13. Dec. 1797 nicht befreit. (Kiel.) 419, 1. Nach dem Capitelsvergleiche v. 21. Oct. 1793. §. 1. sind die s. g. Capitelsdörfer befreit von der Verpflichtung, die in V. v. 27. Dec. 1845. §. 3. für den Fall der Ueberlassung einer Stelle verordnete Abgabe von $1/2$ % des Werths an den Staat zu bezahlen. (Heidelberg 2. J.) Confiscation. 280, 4. Nach l. 16. §. 5. D. de public. 39, 4. wird Der, welcher verbotene Waare einführt, nur dann von Confiscation und Strafe frei, wenn er beweist, daß er diese Eigenschaft der Waare nicht gekannt habe.

**Sachenrecht.** Oeffentliche Straßen. 356, 2. Kein Bürger hat dem Staate gegenüber ein Recht auf unverkürzte Benutzung der öffentlichen Straße dergestalt, daß er berechtigt wäre, Entschädigung zu fordern, wenn der Staat von seinem Recht, Aenderungen mit der Straße vorzunehmen, Gebrauch macht. Eigenthum. Erwerb. 281, 1. Aus der reinen — ohne Note oder Revers erfolgten — Zuschrift eines Grundstücks im Stadtbuch folgt noch nicht, daß die Person, welcher es zugeschrieben ward, das Eigenthum des Grundstücks erworben habe, sondern dem Interessenten steht der Beweis frei, daß der Erwerb in fremden Namen stattfand. Bis zu dessen Führung streitet die Vermuthung dafür, daß der Erwerb in eigenem Namen erfolgt ist. 281, 2. Der Umstand, daß Jemand sein Kind in dem zu seinem Hause in Travemünde gehörenden Begräbnißplatze nicht beerdigen ließ, und die Beerdigung einer andern Person in solchem gestattete, berechtigt nicht zu dem Schluß, daß die in dem Begräbnißplatze bestattete

Person Eignerin des Hauses sei. 281, 3. Der Umstand, daß Jemand die zu einem Hause gehörenden Buden ausbauen ließ, vermiethete und die Miethe bezog, berechtigt nicht zu dem sicheren Schluß, daß jene Person Eigenthümer des Hauses sei, da es auch möglich ist, daß sie das Geld zum Ausbau der Buden hergegeben hat, um lebenslänglich deren Miethe zu beziehen. p. 23. 312, 5. Ob eine Umschrift auf Grund eines nichtigen Geschäftes auch nach Ablauf von Jahr und Tag der Anfechtung unterliegt (Mevius zu Art. 2 Stat. 4, 6. §., 14 bis 16), ist unentschieden gelassen. Enteignung. 309, 1. Die Einräumung von Privateigenthum an den Staat auch nur zu einstweiliger Benutzung kann ohne Zustimmung des Berechtigten nur durch gemeinsamen Beschluß von Senat und Bürgerschaft verfügt werden. 356, 3. Durch die Anordnung eines Expropriationsverfahrens in Bezug auf einen Gegenstand ist noch keineswegs anerkannt, das die Person, gegen welche es gerichtet ist, Rechte an dem Gegenstande habe. Dienstbarkeiten. Gemeine. 350, 1. Aus der einer Gemeine zustehenden Gerechtsame können auch einzelne Mitglieder klagen, wenn ihnen durch Gemeinebeschluß, Gewohnheit oder Herkommen der Inhalt jenes Rechts übertragen ist. 350, 2. Der Beweis der Observanz, daß durch das Zusammenbringen von Schlick (Seegras) der Uebergang des Eigenthums an den Occupanten vermittelt werde, kann die Sachlegitimation des einzelnen Gemeinegliedes zur Klagerhebung begründen. Nachbarrechte. 428, 2. Momente für das Vorhandensein des Miteigenthums an einer Mauer zwischen zwei Häusern in Lübeck. 428, 3. Schadensersatzpflicht beim Wegreißen einer Zwischenmauer von Seiten des Nachbarn. 313B, 1. Es ist zweifelhaft, ob Stat. 3, 12. Art. 3. 7. auf den Fall zu beschränken sind, wo neben einem bereits stehenden Gebäude das Fundament zu einem anderen gegraben wird. 306. Stat. 3, 12. Art. 11. betreffend Badstuben, leidet keine Anwendung auf eine Einrichtung mit dem Zweck, dem Quellwasser, in welches sich die Jüdinnen zu gewissen Perioden untertauchen müssen, eine etwas erhöhete Temperatur zu geben. 394, 1. Stat. 3. 12. Art. 12. giebt dem Nachbarn ein Verbietungsrecht wider den Nachbarn in Betreff einer mit Krugwirthschaft verbundenen Bordellwirthschaft. 394, 2. Stat. 3, 12. Art. 12. leidet Anwendung, wenn nicht auch in den Vorstädten, doch jedenfalls bis zu der seit Revision des Statuts eingetretenen Erweiterung der Stadt bis zur Thorzingel. 394, 3. Wer als Nachbar anzusehen ist, hängt von der Beschaffenheit des einzelnen Falles ab. Auch Gartennachbarn können Nachbarn sein. 394, 4. Wird die in einer Krug- (Bordell-) Wirthschaft für die Nachbarn enthaltene Unleidlichkeit gänzlich beseitigt, so steht ein jene Wirthschaft verbietendes Erkenntniß ihrer erneueten Anlage nicht entgegen. Renten. 312, 4. In Stat. 3, 6. Art. 3. sind unter „verkauften" Renten

nicht gelöste oder zurückgekaufte, sondern neu constituirte resp. cedirte Renten zu verstehen. rat. Pfandposten. 337, 2. Pfandposten und Renten gehören zu den Immobilien. 337, 3. Pfandrechte an Immobilien erfordern nach deutschem Recht, um Dritten gegenüber wirksam zu sein, gerichtliche Auflassung (Einschreibung in das Ober-Stadtbuch); zur Gültigkeit gegen den Verpfänder dagegen genügt eine die Verpfändung enthaltende Marginalnote bei dem Posten im Hypothekenbuch. 337, 4. Die einem Pfandposten beigefügte Marginalnote, „er solle auf die Dauer eines Jahres zur Sicherheit für einen anderen Pfandposten haften," hat den Sinn, er solle haften, wenn binnen Jahresfrist von dem Schuldner des letzten Postens keine Zahlung zu erhalten sei, und der Verpfänder haftet auch nach Ablauf des Jahres, wenn gedachter Schuldner innerhalb desselben seine Zahlungen eingestellt hat. 312, 3. Die Vorschrift von Stat. 5, 6. Art. 1. findet auf bloße Löschungen von Pfandposten keine Anwendung und mithin ebensowenig die Annalverjährung. 312, 6. Nach Stadtb.-O. v. 1818, §. 20. tritt die Tilgung eines Pfandpostens in demselben Umfang ein, in welchem eine Confusion obligatorischer Ansprüche stattgefunden hat.

**Obligationenrecht.** Pachtvorschuß. 326, 1. Er ist ein betagtes Darlehn, dessen Fälligkeit mit dem Ende der Pacht eintritt. Zu einer Klage auf Rückgabe des Pachtvorschusses gehört nur die Behauptung der Zahlung und der Pachtauflösung, nicht aber, daß Verpächter wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrag befriedigt sei. Pachtvertrag. Torfreservat. 461. Erklärung der in einen Pachtvertrage, welcher nach Maaßgabe einer Karte abgeschlossen war, enthaltenen Reservats der Torfmoore dahin, daß Verpachter nicht befugt sei, an beliebigen Plätzen auf dem Gute Torf zu stechen, sondern auf die in der Karte angegebenen Moore, wiewohl unter Berücksichtigung der seit Anfertigung der Karte bis zum Abschluß des Vertrags vorgenommenen Veränderung, beschränkt sei.

**Familienrecht.** Recht der getrennten lüb. Ehefrau am Sammtgut. 316, 2. Einer lübischen Ehefrau, auch wenn sie vom Manne getrennt lebt, kann ein selbstständiges Recht auf die Erträgnisse des Gesammtguts, soweit dies zum Unterhalt erforderlich ist, nicht abgesprochen werden. Dienstbotenrecht. Auf Gnade Dienen. 303, 2. Das lüb. Stat. 3, 8. Art. 7. geht nicht bloß auf den Fall, wenn ausdrücklich gesagt ist, der Dienende solle auf Gnade dienen, sondern überhaupt auf den Fall, wo nichts über den Lohn bedungen ward.

**Erbrecht.** Capitelsvergleich vom 23. Sept. 1797 §. 3, Nr. 12. 368. Hiernach wird beim Tode des Anerben vor Antritt der Stelle die Mutter durch die Geschwister ausgeschlossen,

nach Ansicht des OAG. Nach Ansicht der vorderen J. schließt die Mutter die Geschwister aus. (Berlin.) Vergabung von Todeswegen. 336, 2. Die im lüb. Stat. 1, 6. Art. 2. erwähnte wechselseitige Schenkung unter Ehegatten ist als deutschrechtliche Vergabung von Todeswegen aufzulassen, und bewirkt, daß aus dem beiderseitigen Vermögen ein einziges Sammtgut wird. Der Ueberlebende ist daher nicht Erbe oder Beschenkter von Todeswegen im Verhältniß zum Erstversterbenden, sondern wird durch dessen Tod nur unbeschränkt in seinem bereits begründeten Eigenthum an der Gesammtmasse. 336, 3. Ist in einer nach dem lüb. Stat. 1, 6. Art. 2. errichteten wechselseitigen Schenkung unter Ehegatten bestimmt, daß das vereinigte Vermögen nach dem Tode beider Contrahenten dritten Personen (z. B. den beiderseitigen nächsten Verwandten) zufallen solle, so wird damit diesen Dritten noch kein dingliches Recht an dem gegenwärtigen Vermögen, sondern nur ein vertragsmäßiges Erbrecht auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden verliehen. Der Ueberlebende ist daher auch zu allen, nicht auf Beeinträchtigung der künftigen Erben abzweckenden Verfügungen unter Lebenden berechtigt. Form der Schenkungen von Wittwen in Lübeck. 512, 1. Nach Stat. 1, 9. Art. 4. können Schenkungen von Wittwen nur vor dem Rath oder dessen Deputirten vorgenommen werden, und die Nichtbeobachtung dieser Form hat die Nichtigkeit des Actes zur Folge. Erbgüter. (Beseitigt 15. Febr. 1862.) 462, 1. Erbgut setzt Erwerb mittelst Erbgangs voraus, und ist nicht vorhanden an den Theilen eines ererbten Gutes, welche in Folge einer Erbtheilung mittelst Rechtsgeschäfte unter Lebenden von einem der Miterben erworben sind. Nur der Theil des ererbten Gutes, welcher ihm in seiner Eigenschaft als Erbe verblieb, ist Erbgut. 462, 2. Nach neuerem Recht, in welchem insoweit der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen aufgehoben, und das Recht, eine Veräußerung unter Lebenden von ererbtem Gut sofort anzufechten, beseitigt ist, hat der Erbgutsbesitzer nur die Verpflichtung, den Werth des Ererbten beim Erbgang zu erhalten, und darüber weder von Todeswegen noch unter Lebenden mittelst eines für den Erwerber lucrativen Geschäftes zum Nachtheil des nächsten Erben zu verfügen. 462, 3. Wenn unbewegliches Gut, in welchem Erbgut seinem Werthe nach enthalten ist, mittelst eines der äußeren Erscheinung nach onerosen Geschäftes unter Lebenden auf einen Dritten übergegangen ist, so kann dieser nur dann von dem Erbgutsberechtigten in Anspruch genommen werden, wenn sich nach dem Tode des Erbgutsbesitzers dessen Nachlaß zur Bezahlung des Erbguts unzureichend erweist, und der Erbgutsberechtigte nachweist, daß kein oneroses, sondern ein mit Schenkung untermischtes Geschäft den Rechtsgrund der Uebertragung gebildet habe. Die Annalverjährung in Betreff der Immobile schließt diesen letzteren Nachweis nicht aus. 312, 2. Gegen For-

derungen von Erbgut auf Grund einer Uebertragung von Eigenthum, in welchem dieses enthalten war, steht die Annalverjährung des lüb. Rechtes dem neuen Eigenthümer nicht zu. 311, 3. Sind die ererbten Immobilien in dem Nachlaß noch vorhanden, so haben die Erbgutsberechtigten einen Anspruch auf diese selbst. 311, 2. Das Recht der nächsten Erben ist auch auf ererbte Bauergüter anzuwenden. Testamentsvollstrecker. 303, 3. Die vollkommene und ausschließliche Berechtigung der Testamentsvollstrecker zur processualischen Vertretung des betreffenden Nachlasses leidet namentlich nach lüb. Rechte gar kein Bedenken. p. 15. 16. Gesetzliches Erbrecht in Lübeck. 459. Söhne und Töchter von Halbgeschwistern werden nach dem rev. lüb. Stat. v. 1586 und heutzutage [bis zum Ges. v. 15. Febr. 1862. §. 17. Nr. 4. 5.] von den Großeltern des Erblassers in der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

**Anhang.** Französisches Recht. Reinigung eines verkauften Grundstücks von Hypotheken. 443, 4. Der neue Erwerber eines Grundstückes ist nach französischem Recht stets befugt, das Grundstück von den darauf haftenden Hypotheken, nöthigenfalls durch Hinterlegung des Kaufpreises, zu befreien. Wenn statt dieses Verfahrens im Interesse einer Ehefrau, welche wegen ihrer Forderungen an den Mann eine Inscription auf das Grundstück genommen hatte, die Auszahlung des Kaufpreises an einen Sequester und dessen zinsbare Belegung verordnet ist, so dauert die Hypothek der Frau an dem Grundstück, welche ohne ihre und ihrer Verwandten Einwilligung sonst überall nicht geändert werden darf, an dem Gelde nicht in gleicher Weise fort, wie an einem Grundstücke; sondern es ist zulässig, den Betrag der sequestrirten Summe nach dem Betrag der Forderung zu reguliren, so daß der Ueberschuß dem Ehemanne ausgezahlt werden muß. Hypothek der Ehefrau am Vermögen des Mannes. 443, 5. Die Ehefrau hat nach c. c. art. 2121. eine Hypothek am Vermögen des Mannes wegen ihrer sämmtlichen Forderungen an denselben. Zu diesen Forderungen gehören auch Alimente, sowohl die, welche ihr der Mann während eines Rechtsstreits über Trennung von Tisch und Bett zu zahlen hat, wie die, zu denen er etwa nach erkannter Trennung verurtheilt wird. 443, 6. Die Ehefrau hat keine Hypothek am Vermögen des Mannes wegen ihres dereinstigen Antheils an dem ehelichen Vermögen. Capitalisirung von Leibrenten. 443, 7. Ob l. 68. D. ad leg. falc. 35, 2. bei Capitalisirung schuldiger Leibrenten in Frankreich Anwendung finde, ist zweifelhaft. rat.

## Gewerberechte. A. Zunftrecht.

Allgemeine Grundsätze. 273, p. 37; 277, 5; 371; 372, 2. Bei Streitigkeiten über die Grenzen der Arbeitsbefugnisse verschiedener Träger-Corporationen bedarf es nicht eines Beweises einer unvordenklichen Verjährung, sondern es genügt nach einem wiederholt vom OAG. ausgesprochenen Princip der Beweis eines längere Zeit hindurch, wenn auch nicht über Menschengedenken hinaus bestandenen Herkommens. 277, 6. Zur bindenden Kraft eines Herkommens in Zunftsachen gehört die Kenntniß des durch solches beschränkten Amtes von den Vorgängen, durch welche es beeinträchtigt werden soll. 249C, 2. Ein Herkommen zwischen zwei Zünften, durch welches die Eine gegen die Andere ein gewisses Recht erwirbt, kann nicht durch Handlungen entstehen, welche in bösem Glauben vorgenommen sind. 372, 3. Ein notorisches Herkommen darf der Richter seiner Entscheidung sofort zum Grunde legen. Fehlt aber dem höheren Richter die betreffende Kunde, so hat er auf Beweis des Herkommens zu erkennen. Recht von Zünften gegen einander. 277, 1. Wenn zur Anfertigung einer Arbeit zwei Zünfte gleiches Recht haben, und ein Meister der einen Zunft die Anfertigung einem Unzünftigen überträgt, so hat die andere Zunft das Recht gegen diesen auf Confiscation der Arbeit und Strafe anzutragen. (Böhnhasen-Mandat v. 1672.) 278, 2. Der Name und das Wesen des Gewerbes liefern einer Zunft keinen Beweis für die Ausschließlichkeit des Betriebs einer andern Zunft gegenüber, welche ein verwandtes Gewerbe betreibt. 230, 2. Es ist nicht Regel oder Vermuthung, daß eine Zunft solche Arbeiten, die an sich nicht ihr, sondern einer andern Zunft zustehen, dann verrichten dürfe, wenn es sich nur von der Verfertigung von Nebenstücken bei einer Arbeit handelt, wobei das Hauptstück zu der Arbeit der ersteren Zunft gehört; sondern dieselbe muß dieses Recht beweisen. 328, 1; 329, 2. Auch da, wo strenger Zunftzwang gilt, giebt es keine Rechtsvermuthung für die Ausschließlichkeit der Befugniß einer Handwerkszunft zum Verkauf ihrer Fabrikate. Gegen nichtzünftige Dritte. 276, 2. Nach wiederholten Aussprüchen des OAG. läßt sich aus dem Recht, was einem Amt Nichtzünftigen gegenüber beiwohnt, nicht auf ein gleiches Recht einer einheimischen Zunft gegenüber schließen. 266, 2. Wer die zu gewissen Zunftarbeiten gehörigen Gegenstände erworben hat, darf deren Gebrauch Zunftberechtigten beliebig überlassen, und Letztere dürfen mit solchen für eigene Rechnung oder Dritte ebenso arbeiten wie für den Verleiher. 266, 3. Wer in einer auf seinem Grund und Boden errichteten Werkstatt einen zünftigen Meister für sich arbeiten läßt, hat nicht das Recht, die Lieferung von Zunftartikeln für Dritte selbstständig zu über-

nehmen, und durch jenen Meister und seine Gehülfen ausführen zu lassen. Verlust von Bannrechten durch Zeitablauf. 294. 295, 3; 427, 2. Zum Verlust von Bann- und zünftigen Verbietungsrechten ist nur die Nichtausübung während 30 Jahre erforderlich. 427, 3. Zum Verlust des Bannrechts ist nicht erforderlich, daß jedes Mitglied alljährig während 30 Jahre dem Bannrecht zuwidergehandelt habe. 427, 4. Der Verlust eines Bann- und zünftigen Verbietungsrechts gegen einige Mitglieder einer anderen Zunft kommt dieser überhaupt zu gut. Einzelne Zünfte. Bäcker. 373. Die der Bäckerzunft zu Lübeck angehörigen Bäcker zu Travemünde haben in Betreff des Brodverkaufs ein Verbietungsrecht nicht bloß in dem Flecken, sondern auch in dessen Feldmark. Bandreißer und Böttcher. 422A. Nach älteren und seit Vergleich v. 1798 ergangenen Wette-Bescheiden v. 19. März 1800, 4. Febr. 1801 u. 8. Febr. 1804, namentlich aber rechtskräftiger Entscheidung der Wette v. 5. Mai, bestätigt durch Senatsdecret v. 13. Juni 1804, sind die Bandreißer befugt, den Bezug fertiger Tonnenbänder aus der Fremde, gleichgültig, ob ohne oder unter Vermittelung Dritter, insonderheit von Kaufleuten, erfolgt, den Genossen des Böttcheramts zu verbieten. 422B. Einem Böttchermeister ward zur Beseitigung des Nr. 422A. dargelegten Rechts der Bandreißer der Beweis nachgelassen: „daß das Beziehen von 50 Bund größerer elbischer Tonnenbänder und der Ankauf von 200 Bund kleinerer elbischer Bänder, welche Handlungen Anlaß gegeben zur gegenwärtigen Klage, geschehen sei zur Ausführung von Arbeiten, für welche nach Maaßgabe der Bestellung elbische Bänder nothwendig zu verwenden gewesen, so wie, daß das bestellungsmäßige Bandholz unverarbeitet nur mit so schweren Opfern zu beziehen gewesen sei, daß sich für dasselbe hier keine Verwendung würde haben finden lassen. „Beckenschläger und Gelbgießer. 230, 3. Den Gelbgießern steht die Befugniß zu, den Beckenschlägern das Gießen von Messing zu untersagen. 230, 4. Den Beckenschlägern ist der Beweis der Befugniß nachgelassen, „Gegenstände von geschmeidigem Messing zu gießen, wenn sie die gegossenen Sachen nur nicht abgesondert verkaufen, sondern als Nebensachen zu ihren Beckenschläger-Arbeiten verwenden.“ Brauer. (Umgestaltet.) 294, 295, 1. In Lübeck darf fremdes Bier nur in concessionirten Localen ausgeschenkt werden. Im Fall der Contravention tritt auf Antrag der Brauerzunft Confiscation und Strafe ein. 294, 295, 2. Daß das Verbietungsrecht der Brauerzunft in Betreff des Verschenkens fremden Biers zu Gunsten aller zur Krugwirthschaft berechtigten Personen durch Verjährung erloschen sei, ist zum Beweise verstellt. 294, 295, 4. Um eine Confiscation von Bier zu erkennen, welches zu denjenigen Bieren gehört, die in Lübeck nicht einmal eingeführt werden dürfen,

ist der Beweis erforderlich, daß es an einem Orte gebraut sei, dessen Bier in Lübeck nicht eingeführt werden darf, und daß die Person, welcher das Bier genommen werden soll, solches gewußt habe. 280, 1. Beim Verbot der Einfuhr fremden Biers entscheidet der Ort, wo es gebraut, nicht der, von wo es bezogen ist. 280, 2. Confiscation von Bier, welches von einem Ort bezogen ist, dessen Bier eingeführt werden darf, tritt nur ein, wenn der Beziehende gewußt hat, daß es an einem Ort gebraut sei, dessen Bier nicht eingeführt werden darf. Branntweinbrenner und Destillirer. 329, 1. Sie sind in Lübeck ein ungetrenntes Amt, und dieses hat ein Verbietungsrecht auch auf das Destilliren. rat. 329, 4. Das Branntweinbrenneramt hat das Recht, den mit der Traub-Gerechtigkeit concessionirten Klein-Verkauf von rauhem Kornbranntwein allgemein, den von rauhem wie destillirtem Franzbranntwein dagegen in Maaßen unter einem Quartier zu verbieten. p. 17 fg. 328, 2. Dem Branntweinbrenneramt ist der Beweis seines Rechts auferlegt, einem Krämer den Klein-Verkauf von Fruchtbranntwein (s. g. rectificirten Sprit) zu verbieten. Drechsler. 302, 1. Einem Drechsler steht das Recht zu, Spielwaaren zu verkaufen, welche von Drechslern verfertigt werden können. 302, 2. Darüber, daß einem Drechsler das Recht zustehe, Spielwaaren zu verkaufen, welche keine Drechslerarbeit sind, ist dem Amt der Beweis eines Erwerbs der Befugniß durch unvordenkliche Verjährung aufgelegt. 302, 3. In Art. 16. der Drechsler-Amtsrolle hat vorbidden die ihm im Niedersächsischen zukommende Bedeutung von „Schützen, Vertreten, Rechtfertigen." und nicht von „Verbieten," was im Niedersächsischen vorbeen vorbeden heißt. Garbereiter. Freischlachter und Knochenhauer. 249A, 2. Der Name Garbereiter (Garbrader) giebt diesen nicht das ausschließliche Recht zum Verkauf aller eßbaren oder garen Speisen. 278, 1. Um den Freischlachtern den Verkauf von geräucherten Schinken, Speck und Mettwürsten verbieten zu können, ist den Garbereitern der Beweis eines allgemeinen oder eines gegen die Freischlächter gerichteten Verbietungsrechts auferlegt. 249A, 1. Die Garbereiter haben den Knochenhauern gegenüber kein ausschließliches Recht auf den Verkauf von Schweineschmalz. Doch ist ihnen desfalls Beweis nachgelassen. 249C, 1. Der Beweis, daß dem Garbereiteramt den Knochenhauern gegenüber das ausschließliche Recht zum Verkauf von Schweineschmalz zustehe, ist für erbracht erkannt. 427, 1. Den Garbereitern steht den Knochenhauern gegenüber das Recht zu, Ochsen zu schlachten und für ihr Geschäft zu verwenden. 456. Das Recht der Knochenhauer, dem Garbereiteramt und dessen Mitgliedern das Schlachten von Bollen zu verbieten, steht rechtskräftig fest. Maler. 282A, 1. Das Maleramt hat nicht das Recht, den Commercirenden

den Verkauf von präparirten Farben an andere Kaufleute zum Zweck des Wiederverkaufs zu verbieten. Der Vergleich vom 8. Oct. 1791 geht hierauf nicht. 282B. Die Krämercompagnie ist durch den Vergleich vom 8. Oct. 1798 dem Maleramte gegenüber verpflichtet, sich des Verkaufs zubereiteter Farben, ohne Unterschied, ob in größeren oder kleineren Quantitäten, in der Stadt und innerhalb der Landwehr zu enthalten, falls dieselben nicht als „Handelswaare" verkauft werden, indem jeder sonstige Verkauf zubereiteter Farben ausschließlich dem Maleramte zusteht. Segelmacher und Schiffergesellschaft. 390. Die Segelmacher bilden in Lübeck einen integrirenden Theil der Schiffergesellschaftszunft, und dieser steht mithin hinsichtlich des Segelmachens ein Verbietungsrecht gegen Unzünftige zu, welches eines weiteren Beweises nicht bedarf. Stuhlmacher, Tischler und Hauszimmerleute. 275, 2; 276, 3; 410, 1. Die Stuhlmacher haben ein ausschließliches Recht auf Anfertigung von Stühlen mit gestemmter Arbeit: kein Recht auf Sitzgestelle (Stühle, Bänke u. s. w.) von ungestemmter oder nicht bloß gestemmter Arbeit. 410, 1. Das Stuhlmacheramt concurrirt mit dem Tischleramt bei anderen zum Sitzen bestimmten Mobilien selbst dann, wenn sie von gestemmter Arbeit sind. 275, 1. Dem Stuhlmacheramt war von der Wette der Beweis auferlegt, „daß ihnen ein Recht zustehe, das Tischleramt von der Verfertigung der Divangestelle auszuschließen;" und dieser Beweis ist in zweiter und dritter J. als zu günstig bestätigt. 276, 1. Dem Stuhlmacheramt ist der Beweis auferlegt, „daß ihm das ausschließliche Recht zustehe, Bänke, die mit Rohr beflochten seien, zu verfertigen;" und dem Tischleramt dagegen der Einrede-Beweis nachgelassen: „daß ihm freistehe, Bänke überhaupt, oder speciell mit Rohr beflochtene Bänke, dann, wenn eine Tischlerarbeit (. B. Servanten) damit in Verbindung gesetzt worden, zu machen." 410, 2. Ob die im Parquet eines Theaters angebrachten Sitze als einzelne Stühle anzusehen sind, ist eine technische Frage. 277, 2. Polirte Steuerräder von Mahagoniholz fallen ihrer ganzen Beschaffenheit nach in das Arbeitsgebiet des Tischleramts. 277, 7. Einem Schiffszimmermeister ist dem Tischleramt gegenüber der Beweis des Herkommens auferlegt, daß er polirte Steuerräder seit deren Einführung in Lübeck mit Wissen des Tischleramts nach Gutdünken nicht bloß durch Schiffstischler, sondern auch durch andere selbst unzünftige Arbeiter habe verfertigen lassen. — 284, 1. Thüren, in welchen sich Stemmungen befinden, sind lediglich Arbeit des Tischleramts: Rathsdecret v. 18. Aug. 1708. 284, 2. Gestemmte Thüren sind solche, in denen die wesentlichen Theile eingestemmt sind; nicht also z. B. solche Glasthüren, bei denen sich nur einzelne Stemmungen, z. B. bei den Fenstersprossen, vorfinden.

Träger. 372, 1. Ein Herkommen, welches bei einer der früheren Träger-Innungen stattgefunden hat, kann nach V. v. 28. Febr. 1852. Art. 2. von der jetzigen Träger-Corporation geltend gemacht werden. 265, 1. Die Wismar'schen Litzenbrüder haben das ausschließliche Recht, beim Abladen des aus Mecklenburg in das Burgthor kommenden Frachtguts verwendet zu werden. 265, 2. Ob auch dann, wenn der Fabrikant die Waare auf eigenen Wagen nach Lübeck brachte und durch seine Leute abladen ließ, darüber ist den Wismar'schen Litzenbrüdern Beweis auferlegt. 426. Den Trägern steht das Recht auf Bearbeitung der in den Wagenschauern der Kaufmannschaft an der Trave einstweilen niedergelegten Waaren nach dem Lager des Kaufmanns auch bei unverändert gebliebenem Eigenthum ausschließlich zu. Träger und Lüb.-Büch. Eisenbahn. 327. Die Träger-Corporation hat nicht das Recht, der Lüb.-Büch. Eis.-Ges. zu untersagen, daß diese durch andere Personen als die von ihr angestellten Beamten die für die Bahnverwaltung bestimmten Betriebsgegenstände bearbeiten lasse. 349, 1. V. v. 13. Oct. 1851 betr. Arbeitsbefugnisse der Angestellten bei der Eisenbahn §. 1. 2. beziehen sich nicht auf Passagiereffecten. Diese dürfen nur durch die Träger vom Dampfschiff an den Bestimmungsort, Gasthof wie Eisenbahn, bearbeitet werden. 349, 2. Reiseeffecten dürfen nicht auf zum Sachentransport eigens gemietheten Wagen vom Schiff zum Bestimmungsort befördert werden. 349, 3. Die Besorgung von Transportmitteln zur Verführung von Reiseeffecten vom Schiff zum Bahnhof abseiten dritter Personen für die Reisenden ist ein Eingriff in die Gerechtsame der Träger-Corporation. 455. Die V. 14. Oct. 1843 (VS. 11, S. 141), nach welcher zur See und stromabwärts einkommende Holzwaaren von den Dielenträgern zu bearbeiten sind, ist durch V. v. 13. Oct. 1851 bzw. 28. Oct. 1858 (VS. 18, S. 86; 25, S. 35) §. 1. modificirt, nach welcher von Schiffen, die vor dem Bahnhof liegen, und von Wagen, welche Güter an den Perron des EBGüterschuppens gebracht haben, die Entlöschung bzw. Abladung ausschließlich von Beauftragten der EBG. zu geschehen hat. Kornträger. 300. Die Kornträger haben den Rostocker Trägern gegenüber das ausschließliche Recht, Leinsaat in Säcken vom Kaufmann an das Schiff zu transportiren. 387. Das Präjudiz des OAG. Nr. 300, daß die Kornträger nach ihrer Rolle das ausschließliche Recht haben, Leinsaat in Säcken, „einerlei, ob sie hieselbst gemessen sei oder nicht," vom Boden in ein Schiff oder zu Boden zu bearbeiten, wird aufgegeben, und den Kornträgern der Beweis auferlegt, daß ihnen auch dann das ausschließliche Recht der Bearbeitung zustehe, wenn die Leinsaat in Säcken angekommen gewesen und, ohne gemessen, gewogen oder umgearbeitet zu sein, transportirt werde.

## B. Handels-, Wechsel-, See- und Versicherungsrecht.

**Handelsrecht.** Kaufleute. 384, 1. Nur Mitglieder der Kaufmannschaft sind in Lübeck zum Waaren-Kauf und Verkauf berechtigt, abgesehen von den in der KaufmannsO. bestätigten Handelsbefugnissen der Handwerker. 384, 2. Nichtkaufleute dürfen durch Mitglieder der Kaufmannschaft keine Handelsgeschäfte für sich abschließen lassen. Handelsbücher 319A, 3. Die an solche für den Fall eines durch sie zu führenden Beweises zu stellenden Forderungen kommen nicht in Betracht, wenn jene Bücher zur Constatirung eines Feuerschadens statt der eigenen Aufzeichnungen des Versicherten producirt werden. 437B. 2. Ein Copiebuch enthält wie Handelsbücher überhaupt halben Beweis, und die Beweiskraft wird durch in den Originalbriefen sich findende Abweichungen geschwächt. Firmen. 439, 1. Die Unterschrift „X. (Personenname), Associé von Y. (Name einer Firma)," unter einer Urkunde, z. B. einem Wechsel, verpflichtet zunächst den Aussteller, nicht die Handelsgesellschaft, deren Theilnehmer der Aussteller ist, da es unklar ist, ob der Beisatz als Titel des X. zur Hebung seines persönlichen Credits &c. oder in der Absicht beigefügt ward, um die Gesellschaft zu verbinden. Procuristen. 307, 1. Der Procurist einer Handlung ist befugt, für solche Hypothekenwechsel auszustellen, wenn die Handlung in dieser Form Darlehen aufzunehmen pflegte. 307, 2. Die Gültigkeit der von einem Procuristen ausgestellten Hypothekenwechsel wird dadurch, daß dieser sie mit der Firma unterzeichnet hat, ohne seinen Namen hinzuzusetzen, nicht beeinträchtigt. 438. Verpflichtung einer Handelsfrau für die Accepte ihres Procuristen. (Rostock.) Offene Handelsgesellschaft. 340A. 3. Eine Handlung ist keine juristische Person. rat. Actiengesellschaft. 437A. 2. Die bei Begründung einer Actiengesellschaft gestellte Bedingung der Zeichnung eines Capitals von einer gewissen Höhe kann später modificirt werden; und wer der Abänderung beigetreten ist, hat das Recht verloren, die Existenz der Gesellschaft wegen Nichtzeichnung des ursprünglichen Capitals anzufechten. 437A. 3. Wider besseres Wissen gemachte Zusagen und stattgehabte Verschweigungen bei Gründung einer Actiengesellschaft geben dem Zeichner ein Recht, auf Vernichtung seiner Zeichnung anzutragen. 437A. 4. Die bei Umwandelung einer auf Gegenseitigkeit beruhenden Lebensversicherungsgesellschaft in eine Actiengesellschaft gegebene Zusicherung eines beim Uebergang vorhandenen Activbestandes giebt, wenn sich statt dessen ein Passivbestand herausstellt, dem eintretenden Actionär ein Recht auf Vernichtung seiner Zeichnung. 437A. 6. Erhält der Actionär Kunde von der Unrichtigkeit jener Zusage, und giebt später durch schlüssige Handlungen, z. B. Entgegennahme von Zinsen oder

Umwandelung seiner Actien, sein Verbleiben bei der Gesellschaft zu erkennen, so liegt darin ein Verzicht auf die Anfechtung der Zeichnung. 437B. 1. Wenn bewiesen ist, daß ein Actionär den Rechenschaftsbericht seiner Gesellschaft empfangen hat, so wird bis auf Weiteres seine Kenntniß von dessen Inhalt angenommen; zumal dann, wenn der Actionär zugleich Agent der Gesellschaft war. 437A. 1. Rechte einer Actiengesellschaft beim Tode oder der Zahlungsunfähigkeit eines Actionärs. Handelsgeschäfte. Allgemeines. 271, 1. In dem Umstand, daß Waaren zu Jemandes Disposition gestellt sind, liegt nicht der Beweis, daß die Expedition für dessen alleinige Rechnung unternommen ist. 271, 2. Wer die ihm überlassene Verfügung über Waaren an Dritte übertragen hat, ist auch nicht weiter befugt, über die Papiere der Expedition zu disponiren. 272, 4. Wenn eine Rechnung in gutem Glauben bezahlt ist, so kann die Herausgabe ihrer Belege später nicht ohne Weiteres gefordert werden. 397, 1. Aus dem Schweigen kann nur da ein Verzicht geschlossen werden, wo die Verpflichtung zu Reden vorhanden war. Wer bereits sich ausgesprochen, ist nicht verpflichtet dies von Neuem zu thun. Kauf. Creditiren durch Wechselziehung. 397, 3. Ziehen von Wechseln für den Kaufpreis einer Waare auf den Schuldner und Annahme der Wechsel durch den Schuldner enthält eine diesem ertheilte Creditbewilligung. 397, 4. Wird ein Schuldner, welchem der Kaufpreis einer Waare creditirt ist, zahlungsunfähig, so darf der Gläubiger beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen zur Verkaufsselbsthülfe schreiten; besonders dann, wenn nur wegen eines Theils der Forderung Credit gegeben ist. 287B. 1. Die Abrede, bei Absendung des Connossements solle der Kaufpreis mittelst von einem gewissen Handlungshause acceptirter Dreimonats-Wechsel bezahlt werden, enthält einen Kauf gegen Deckung und keinen Handel auf Credit. 287B. 2. Wer bei Erfüllung eines Kaufgeschäfts sofortige Zahlung oder sonstige Deckung sich ausbedungen hat, und nun vor deren Empfang seinerseits dennoch erfüllt, giebt hierdurch allein noch keinen Credit, da er nur dem auf sofortige Zahlung gerichteten Versprechen des Gegners getraut, nicht aber die in dem Eigenthum liegende reale Sicherheit gegen die persönliche Sicherheit, welche die Zahlungsfähigkeit des Käufers bietet, vertauscht hat. Aufnahme von Waaren. 365B. 1. Wenn der Käufer berechtigter Weise (vergl. 365A. Nr. 3) einer von auswärts an ihn abgesandten Waare Schutz und Annahme verweigert hat, so steht ihm, bei vom Verkäufer verschuldeter Nichtlieferung der Waare, nicht bloß das Recht zu, die Bezahlung des Kaufpreises abzulehnen, sondern auch seine Entschädigungsansprüche gegen den Verkäufer geltend zu machen. 395A. 3. Die Regel, daß ein Kaufmann der von auswärts kommenden wegen

Mängel zur Verfügung gestellten Waare vorläufige Aufnahme stets zu gewähren habe, gilt nicht ausnahmslos. Die Verpflichtung fällt weg, wenn dem Absender triftige Gründe der Nichtaufnahme mitgetheilt, und von diesem unberücksichtigt gelassen sind. Lieferungstermin. 365A. 2. Die Nichteinhaltung eines festgesetzten Lieferungstermins befugt der Regel nach nicht, eine spätere Lieferung als eine vertragswidrige zurückzuweisen, sondern hat nur die gewöhnlichen Folgen des Verzugs. Schadensersatz 384, 4. Ein Nichtkaufmann darf bei Nichterfüllung eines Kaufs von Seiten des Verkäufers nicht sein Interesse aus einem Weiterverkauf, sondern nur den Ersatz des Betrags fordern, um welchen er bei zeitiger Erfüllung durch den Empfang der Waare reicher gewesen sein würde. 305, 1. Wenn der Käufer als Schadensersatz für verspätete Lieferung einer Waare den Unterschied des Marktpreises am Lieferungsort zur Zeit der verspäteten und der gehörigen Lieferung verlangt, so hat er zur Begründung seines Anspruchs nur das Vorhandensein dieses Unterschieds, und nicht daneben nachzuweisen, daß er bei zeitiger Lieferung zu jenem Preise hätte verkaufen können, und verkauft haben würde. [Vergl. B. Seekamp & Tewes w. Wagener u. Brand 11. Dec. 1849 (Br. S. 2, 2. S. 88. 89; auch bei S. 4, 21).] 305, 2. Gegen den Anspruch des Käufers auf den Unterschied zwischen dem Preis zur Zeit der gehörigen und der verspäteten Lieferung ist die Einrede, der Käufer habe vor jenem Zeitpunkte zu gleichem Preis weiter verkauft, nicht zulässig, wenn der Käufer seinem Abnehmer zu demselben Schadensersatz verpflichtet ist, welchen sein Verkäufer ihm zu zahlen hat; und es ist gleichgültig, ob ihn der Abnehmer desfalls bereits in Anspruch genommen hat. 378, 1. Wenn der Verkäufer in einer Schlußnote sich verpflichtet hat, eine Quantität Hanf frei an Bord in Memel zu liefern, mit der Bestimmung, daß der Hanf, wenn nicht schon unterwegs, sofort per Fuhre von Petersburg nach Memel zu senden sei, und daß dem Käufer die Annullirung des Handels freistehe, wenn der Hanf nicht spätestens an einem benannten Tage daselbst zur Verladung disponibel sei, so ist der Käufer, welcher bei Ablauf des Termins von seiner Annullationsbefugniß keinen Gebrauch macht, sondern später die von dem Verkäufer anderweit beschaffte Waare sich liefern läßt, nicht befugt, den gedachten Termin als Anfangspunkt für den Verzug des Verkäufers geltend zu machen, und hieraus eine Schadensforderung wider denselben abzuleiten. Mängel. 365, 6. Ein Fabrikant befreit sich von übernommenen Verbindlichkeiten nicht durch den Nachweis, daß er die betreffende Bestellung seinen Arbeitern gehörig aufgetragen habe, sondern haftet für deren Ausführung. p. 34. 389 400, 1. Nach Stat. 3, 6. Art. 15. wie nach gemeinem Recht darf der Käufer eine Waare, die er zur Genüge besehen und in seine Were gebracht, wegen

später entdeckter mit menschlichen Sinnen nicht wahrnehmbarer Fehler aufschießen. 389, 400. 2. Dies gilt selbst bei einem Handel nach Probe oder nach einer früheren Sendung, bei welcher „gute Waare" bedungen war, wenn sich der Mangel nur durch chemische Analyse ermitteln ließ. 389, 3. Ein handelsrechtliches Gewohnheitsrecht, beim Wachshandel komme kein Handel auf Besicht, sondern nur nach Probe vor, und der Verkäufer hafte nur für die Probemäßigkeit, da der Käufer verpflichtet sei, die Probe einer gründlichen Untersuchung selbst durch Anwendung chemischer Mittel zu unterziehen, kommt für einen Ort, wo Wachs nach Besicht verkauft wird, oder wenn der Verkäufer gute Kaufmannswaare garantirt hat, nicht in Betracht. Zusagen. 383A, 1. Unter „schwedischer Theer in schwedischen Gebinden" ward in Lübeck 1855 „südschwedischer (Solvisborger) Theer" verstanden. p. 3. 383A, 2. Ein Verkäufer, welcher nach Abschluß des Geschäfts durch seine Mittheilungen den unvorsichtigen Käufer zu der Annahme verleitet, er habe eine bessere Waare (in concreto nordschwedischen oder finnischen Theer statt des stipulirten südschwedischen) gekauft, ist verpflichtet, dem Käufer den Schaden aus demgemäß getroffenen Verfügungen zu ersetzen. 403. Der Aussteller von Creditscheinen an ein Waaren-Creditcomptoir kann, wenn seiner Anforderung, dagegen andere auf einen gangbaren Artikel — rohe Tabake — lautende Creditscheine zu erhalten, nicht entsprochen wird, und der Prospect des Comptoirs bestimmt in Aussicht gestellt hat, daß sich auf diesem Wege Jeder die ihm nöthigen Waaren zu verschaffen im Stande sein werde, seine Zahlungen und Scheine ohne Provision condiciren. Commission. Retentionsrecht. 408, 1. Nach bisherigem gemeinen Recht hat der Verkaufscommissionär an der empfangenen Waare wegen seiner Vorschüsse kein Pfand-, sondern nur ein Retentions-Recht. rat. 1. 408, 3. Hat A. nicht als Commissionär, sondern als Mandatar von B. den C. mit dem Verkauf von Waaren beauftragt, und dem C. geschrieben, der Erlös sei an ihn, A, zu remittiren, C. auch den B. davon, daß dies geschehen solle, in Kenntniß gesetzt, so liegt in beiden Mittheilungen noch keine Verpfändung des Provenu für die Vorschüsse des A. an B. rat. 3. 408, 6. Das dem Commissionär und Mandatar wegen seiner Vorschüsse zustehende Retentionsrecht an der Waare geht mit Verlust der Detention verloren. (Göttingen.) Commissionär u. Mandatar. 408, 5. Hat A. nicht als Commissionär, sondern als Mandatar des B. den C. mit dem Verkauf von Waaren beauftragt, und C. dem Auftrag des A. zuwider aus Versehen nicht diesem, sondern dem B. den Ertrag remittirt, so ist C. nicht berechtigt, denselben zurückzufordern, um A. wegen seiner Vorschüsse an B. zu befriedigen. (Göttingen.) Schadensersatz des Verkaufcommissionärs. 299, 1. Die Klage des

Käufers einer nicht gelieferten Getreideladung auf Schadensersatz gegen einen Verkaufscommissionär, welcher sich ausdrücklich als solchen bezeichnet hat, erfordert zu ihrer Begründung ein Verschulden des Letztern und eine Angabe des erlittenen Schadens. Insbesondere: 299, 2. Wenn der Käufer einer Getreideladung ein dem Gekauften gleiches Getreidequantum verkauft, und, um seinem Käufer gerecht zu werden, sich durch einen anderweiten Kauf gedeckt hat, so gehört zur Substantiirung der Schadensklage des ersten Käufers gegen den Verkaufscommissionär dessen Verschulden und die Behauptung, daß und wie weit der Preis seines Deckungskaufs höher gewesen sei, als der Preis seines Verkaufs. Einkaufscommissionär. Verkaufselbsthülfe. 397, 2. Der Einkaufscommissionär, dessen Committent es an Verfügung über die Waare und zeitiger Deckung wegen verlegten Kaufpreises fehlen ließ, ist unter Umständen befugt, nach vorgängiger Anzeige bei dem Committenten, die Waare durch einen Mäkler in öffentlicher Auction verkaufen zu lassen.

**Wechselrecht.** Kündigungsclausel in lüb. Hypothekwechseln. 413, 1. Der Mangel der Kündigungsclausel in lübeckischen Hypothekenwechseln thut ihrer Gültigkeit keinen Eintrag. Wechselklage. 439, 2. Aus einem Wechsel mit der Unterschrift „X. (Personenname), Associé von Y. (Name der Firma)," findet keine Wechselklage wider die Firma statt, wegen der Ungewißheit, ob der Aussteller sich persönlich oder die Handelsgesellschaft, welcher er angehörte, verbinden wollte.

**Seerecht.** Frachtgeschäft. Connossement. 287A. 1. Empfang des Connossements bewirkt nur ein unbedingtes Forderungsrecht wider den Schiffer auf Auslieferung der Waare; und nicht deren Eigenthumsübertragung. 287A, 3. Wenn der Absender die noch im Schiff befindliche Waare, welche unbezahlt und nicht auf Credit verkauft ist, als sein Eigenthum zurückfordert, so muß sein Anspruch dem eines Dritten, auf welchen das Connossement über die Waare durch Indossament übergegangen ist, weichen. 287A, 2. Ordre-Connossemente sind negociabele Papiere, welche durch Indossament mit der Wirkung übertragen werden können, daß der Indossat Einreden aus der Person seiner Vormänner nicht unterworfen ist. 287A, 4. Der die Rückgabe seines Eigenthums verlangende Absender der Waare ist nicht befugt, vom dritten Connossementsinhaber die Angabe des Titels der Connossements-Uebertragung zu verlangen. 287A, 5. Der Beweis einer Geistesabwesenheit des Indossanten bei Uebertragung des Connossements macht diese ungültig. 287A, 6. Der Beweis, die Connossementsübertragung sei an die Bedingung, die über den Kaufpreis der Waare gezogenen Wechsel zu acceptiren, geknüpft, und diese Bedingung nicht erfüllt, vernichtet

die Uebertragung. 287A, 7. Das Bewußtsein des Indossaten bei der Connossamentsübertragung unter onerosem Titel, die Waare sei unbezahlt und deren Empfänger sei oder werde dadurch zahlungsunfähig, berechtigt zur Anfechtung der Uebertragung mit der paulianischen Klage. 287A, 9. In der Connossementsübertragung liegt keine Cession der Eigenthumsklage hinsichtlich der im Connossement verzeichneten Waare. Ablieferung der Waare. 375, 1. Der Beweis, daß vom Schiffer mehr verladen, als abgeliefert worden sei, ist vom Empfänger der Waare, und zwar bei reiner Zeichnung des Connossements durch dieses, bei Zeichnung mit der Clausel: „Gewicht unbekannt" anderweit zu führen. rat. 375, 2. Wenn der Schiffer eine Fustage in äußerlich unverletztem Zustande abliefert, so haftet er nicht für die Verschlechterung oder Verminderung des Inhalts; wenn in beschädigtem, für die erweisliche Veränderung des Inhaltes, welche mit der Beschädigung in Causalzusammenhang steht. Von letzter Verpflichtung wird er nur frei durch den Beweis, die Fustagen seien abgeliefert wie empfangen, oder die Beschädigung sei ohne sein und seiner Leute Verschulden eingetreten. rat. 375, 3. Wenn das Gewicht verladener Ballen im Connossement mit der Clausel: „Gewicht unbekannt" nur partienweise angegeben, und einzelne Ballen mit aufgelöster Emballage abgeliefert sind, so wird hiedurch an der Beweislast des Empfängers, es sei mehr verladen als abgeliefert, Nichts geändert. 375, 4. Durch Empfang der Waare in aufgelöster Emballage, ohne Constatirung der einzelnen beschädigten Ballen unter Zuziehung des Schiffers, wird dessen Haftungsverbindlichkeit aus der Beschädigung der Fustagen aufgehoben. 375, 5. Die Hamb. V. v. 27. März 1786 Art. 9, betreffend die Anzeigepflicht beschädigter Fustagen vor Beginn der Löschung gilt in Lübeck nicht. Bodmerei. 353, 1. Der Bodmereigeber ist nur verpflichtet, sich über die Nothwendigkeit einer Bodmerei-Aufnahme, nicht aber, sich über die wirkliche Verwendung des Darlehns zu vergewissern. 353, 2. Verbodmungen von Schiff oder Fracht, bezw. von Ladungen, welche am Wohnorte oder in Anwesenheit des Rheders bezw. des Eigenthümers oder des Vertreters der Ladung ohne deren Zustimmung geschlossen wurden, verbinden die gedachten Personen nicht. 353, 3. Nach hanseatischem — unverändert, insbesondere in Hamburg und Lübeck geltendem — Seerechte ist eine vom Schiffer im Auslande gezeichnete Bodmerei nur insofern und so weit wirksam, als ein durch einen Nothstand hervorgerufenes Bedürfniß des Schiffes bezw. der Ladung, oder beider, befriedigt werden mußte. 353, 4. Bodmereien sind hinsichtlich der Form der Errichtung nach den Gesetzen des Landes, wo die Zeichnung stattfand, in Ansehung des materiellen Rechtes dagegen nach den Gesetzen des Landes, wo sie erfüllt

werden sollen, zu beurtheilen. Ansegelung. 332, 1. Die Verpflichtung zum vollen Ersatze des durch Ansegelung zugefügten Schadens ist nicht auf den Fall von Arglist oder grobem Verschulden beschränkt, sondern tritt stets ein, wenn der Schiffer bzw. die Mannschaft des beschädigenden Schiffes die Ansegelung dadurch verschuldet haben, daß sie nicht beobachteten, was allgemeine Regeln der Schifffahrt oder specielle seerechtliche Vorschriften mit sich bringen — nach lübeckischem und hanseatischem Seerechte. 332, 2. Nach lübeckischem und hanseatischem Seerechte kann halber Ersatz bzw. Vertheilung des durch Ansegelung zugefügten Schadens nicht nur bei zufälliger Ansegelung, sondern überall da eingeklagt werden, wo der Beklagte nicht zu erweisen vermag, daß der Schaden durch Verschulden auf Seiten des klagenden Schiffes veranlaßt sei. 332, 3. Nach gemeinem wie nach lübeckischem und hanseatischem Rechte sind in Ansegelungsfällen Verschulden der Mannschaft und Verschulden des Capitäns von gleicher rechtlicher Bedeutung für den Rheder. 332, 4. Nach hanseatischem Seerecht hat der aus einer Ansegelung auf halben Schadensersatz bzw. Schadensvertheilung in Anspruch genommene Rheder nicht das Recht, zu verlangen, daß zuvor sein Schiffsführer, weil er die Ansegelung verschuldet habe, ausgeklagt werde. 332. 5. Die Vorschriften des lübeckischen bzw. hanseatischen Seerechts über halben Ersatz bzw. Vertheilung des Schadens in Ansegelungsfällen finden auch bei collidirenden Dampfschiffen Anwendung. 332, 6. Die Ablegung einer rechtsgültigen Verklarung bildet weder nach gemeinem noch nach lübeckischem und hanseatischem Seerechte eine nothwendige Bedingung der Klage auf halben Ersatz bzw. Vertheilung des durch Ansegelung zugefügten Schadens. 332, 7. Die allgemeine Behauptung, der Untergang eines Schiffes sei durch Führer und Mannschaft verschuldet, ist in Collisionsfällen ausreichend zur Begründung der die Beseitigung des Schadensanspruches bezweckenden Einrede eigenen Verschuldens.

**Seeversicherung.** „Vorbehalt näherer Aufgabe" „Für fremde Rechnung." 345, 1. Wenn Jemand, ohne Etwas darüber zu bemerken, ob er für eigene oder für fremde Rechnung handle, eine Assecuranz unter dem „Vorbehalt näherer Aufgabe" schließt, und aus solcher erhellt, daß der Versicherung ein fremdes Interesse zu Grunde liege, so ist, wenn der Versicherer diese Aufgabe entgegennimmt, die Versicherung so anzusehen, als wäre sie von Anfang an für fremde Rechnung genommen worden. 345, 2. Wer für fremde Rechnung Versicherung genommen hat, ist berechtigt, im eigenen Namen Klage zu erheben. Es bedarf keiner Vollmacht von Seiten des Auftraggebers und eigentlich Versicherten. — Es ist kein Mangel der Klage, wenn nicht sofort der Ordrebrief beigebracht wird. — Läßt sich der Versicherer auf eine solche Klage

ein, ohne aus der Person des eigentlich Versicherten Einreden abzuleiten, oder (behufs fernerer Einreden) Beibringung des Ordrebriefes zu verlangen, so verliert er die vorgedachten Einreden. 325A, 1. Der Pfandgläubiger eines Schiffes sichert sein Pfandrecht entweder durch directe Versicherung seines Pfandinteresses oder durch Empfang der Originalpolice nebst Vorkehrungen, daß die Versicherungssumme nur an ihn gezahlt werde; Letzteres sehr gewöhnlich in der Weise, daß sich der Pfandgläubiger von dem Eigner und Verpfänder in ausgedehnter Weise zur Versicherung bevollmächtigen läßt. 325A, 2. Bei Versicherung für fremde Rechnung braucht der eigentliche Versicherte erst bei der Ersatzforderung angegeben zu werden; es ist für den Rechtsbestand der Versicherung unnöthig, daß der Auftraggeber sich im Ordrebrief als Mandatar bezeichne. 271, 3. Um die Herausgabe einer im Auftrag eines Dritten genommenen Versicherungspolice fordern zu können, genügt deren Bezahlung nicht: es muß überdies von den Fordernden nachgewiesen werden, daß der Auftrag für ihn oder in seinem Interesse gegeben sei. Condiction der Prämie. 271, 7. Um die Bezahlung der Prämie für Seeversicherung zu condiciren, ist es erforderlich, zu behaupten, daß diese nicht genommen sei; und es genügt nicht die Folgerung des Letzteren aus der Weigerung, Connossemente und Policen auszuliefern. Verschweigungen und unrichtige Angaben. 292, 1. Die Versicherung ist für den Versicherer unverbindlich, wenn dabei Umstände, die nach vernünftigem Ermessen von Einfluß auf die Schätzung der Gefahr sind, unrichtig angegeben wurden. 292, 2. Selbst dann, wenn dies in gutem Glauben geschehen ist, z. B. wenn der Versicherte selbst in Folge von Präsumtionen und Conjecturen einen gewissen Thatumstand für richtig gehalten, jedoch nicht jene Präsumtionen und Conjecturen, sondern positiv den gedachten Thatumstand angegeben hat. 292, 3. Dahin gehören namentlich bei der Versicherung der Rückreise eines Schiffes unrichtige Angaben über dessen Abgangszeit nach dem Hafen, von welchem ab die Rückreise angetreten werden soll. 292, 4. Wenn nach der unrichtigen Anzeige die Gefahr eine größere ist, als nach dem richtigen Sachverhältnisse, so ist die Unrichtigkeit der Anzeige ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Versicherung. 292, 5. Dem Versicherten kann hierüber ein Beweis nachgelassen werden. 292, 6. Jedoch nicht dann, wenn es nach der Beschaffenheit der unrichtigen Anzeige doch immer zweifelhaft bleibt, ob nicht der Versicherer nach seinen subjectiven Ansichten die Sache anders beurtheilt haben würde; und es kommt nicht darauf an, welche Ansichten in abstracto die theoretisch richtigen sind. Bei Cascoversicherung. 325A, 3. Daß der Versicherte Schiffscapitän sei, und das versicherte Schiff nicht selbst führe, braucht bei Cascoversicherung dem

Versicherten nicht angezeigt zu werden. 325A, 4. Die Verpfändung des Schiffes an einen Dritten braucht bei Cascoversicherung dem Versicherer nicht angezeigt zu werden. Haftung des Versicherers. Seetüchtigkeit. 325A, 5. Die Seeuntüchtigkeit des versicherten Schiffes muß als Einrede vom Beklagten bewiesen werden; ausgenommen, wenn sich das Schiff während der versicherten Reise als seeuntüchtig zeigt, und äußere Zufälle nicht nachgewiesen sind, welche die Seeuntüchtigkeit möglicherweise herbeigeführt haben. 325B. Soll die Seeuntüchtigkeit eines Schiffes durch Sachverständige erwiesen werden, so sind ihnen erwiesene Thatsachen vorzulegen, aus denen sich ein Schluß auf die Seefähigkeit ziehen läßt. Betrug des Capitäns. 325A, 7. Für einen durch theilweise Ueberschmierung des Journals verdeckten Betrug des Capitäns, bei welchem die Versicherten unbetheiligt sind, haften die Versicherer. A. P. §. 38. rat. Uebersetzte Taxe. 325A, 6. Die Einrede der übersetzten Taxe ist keine Exception sondern eine theilweise directe Bestreitung des Klaggrundes. rat. Clauseln. Frei von Beschädigung außer im Strandungsfall. (S. jetzt HGB. Art. 855,). 285, 1. Bei der Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" wird es nicht als ein Strandungsfall angesehen, wenn das Schiff bloß auf den Grund gesunken, nicht aber auf diesem festgerathen ist. 285, 2. Die Frage, ob bei der Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" der Versicherer auch dann nicht hafte, wenn zwar kein Strandungsfall, aber ein anderer wenigstens ebenso schwerer Seeunfall, bei welchem es zugleich evident ist, daß die Beschädigung ihren Grund darin habe, stattgefunden hat, ist es als zweifelhaft dahin gestellt. 285, 3. Bei der Clausel, „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" ist es nicht als bloße Beschädigung, sondern als Totalschaden zu behandeln, und daher der Versicherer verhaftet, wenn zwar von der Waare Etwas übrig bleibt, und daraus in der am Ort des Seeunfalls angestellten Auction Etwas gelöst wird, dieser übrig gebliebene Werth aber ein verhältnißmäßig ganz geringfügiger ist, über welchen Begriff bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung das richterliche Ermessen zu entscheiden hat. 285, 4. Ebenso, wenn die Waare so beschädigt ist, daß sie von dem Orte des Seeunfalls nicht nach dem Bestimmungsorte verschiffbar ist, weil sie bei einer weiteren Verschiffung dahin dort nicht mehr existiren, oder ganz werthlos sein, oder so wenig werth sein würde, daß die weiteren Verschiffungskosten dadurch nicht gedeckt wären. 285, 5. In dem Falle unter 4. braucht der Versicherte die Waare den Versicherern nicht zu abandonniren, sondern kann sie am Orte des Seeunfalls in Auction verkaufen und den Versicherern das Provenu zu Gute rechnen. 285, 6. Bei der Frage, ob in Fällen, wo mit der Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" gezeichnet ist, bloße Beschädigung oder Total-

verlust vorhanden sei, kommt es auf jede einzelne versicherte Waare, nicht auf die übrigen Waaren an. Verkauf beschädigter Güter. 424. Erklärung von §. 96. A. P. (HGB. Art 879). Rückgabe des versicherten Gegenstandes statt der Versicherungs-Summe. 434, 1. Versicherer, welche ein wegen Collision auf der versicherten Reise zu einer seinen Werth übersteigenden Summe verurtheiltes und im Wege der Hülfsvollstreckung verkauftes Schiff bei der Versteigerung eigenthümlich erworben haben, sind berechtigt, dasselbe dem Versicherten in natura zurückzugeben, und nicht genöthigt, die gezeichnete Summe zu zahlen. Partialversicherung. 434, 2. Partialversicherer, welche durch Ankauf eines wegen Collision verurtheilten Schiffes und Rückgabe an den Versicherten sich von der Verpflichtung zur Zahlung der gezeichneten Summe befreien, haben überdies das Recht, von dem Versicherten nach Maaßgabe seiner Selbstversicherung die Berichtigung des von ihnen bezahlten Kaufpreises zu fordern, insoweit sie im Rechtssinne dessen Geschäfte besorgt haben. Proclame liquidirender Gesellschaften. 269. Proclame an die Gläubiger einer liquidirenden Versicherungsgesellschaft werden nach dem Gerichtsgebrauch in Lübeck und in Hamburg erst dann bewilligt, wenn zehn Jahre seit Auflösung der Gesellschaft verstrichen sind.

**Lebensversicherung.** 319. 320. 321. 386 A, 2. Beispiele von Verschweigungen, welche einen Lebensversicherungsvertrag ungiltig machen. (Nachtr.) 380B. Unrichtige Standesdeclaration kann die Nichtigkeit einer Lebensversicherung herbeiführen. p. 5 bis 21. 418. Ein im Beweis interlocut zur Vernichtung einer L.-V.-Police auf Grund von Verschweigungen nachgelassener Beweis, daß die Aerzte A. und B. den Verstorbenen früher behandelt haben, ist als erbracht anzusehen, sobald dargethan ward, daß nur Einer von ihnen dem Kranken seine Hülfe zu Theil werden ließ. (Nachtr.) 386B. Wenn die Thatsache eines Aderlasses zum Beweise verstellt ist, so ist derselbe nicht schon durch den Nachweis erbracht, daß ein Aderlaß versucht, aber erfolglos geblieben sei. (Erklärung von Fr. 10. der Declaration der Deutschen L.-Vers.-Ges. Ist die zu versichernde Person genöthigt gewesen zu Blutentziehungen z. B. Aderlassen?) (Jena.)

**Feuerversicherung.** Agenten. Befugnisse. 442B, 2. Ein Agent, welcher zum definitiven Abschluß von Versicherungen bevollmächtigt ist, und von dem zu Versichernden den Auftrag erhalten und ausgeführt hat, die Declaration auszufüllen, präjudicirt durch unrichtige Angaben der Gesellschaft und nicht dem Versicherten. 442B, 4. Der zum Abschluß der Versicherung bevollmächtigte Agent hat das Recht, den Versicherten mit der Einreichung seiner Schadensrechnung ausdrücklich wie stillschweigend zu befristen; und nicht minder auf das für den Fall verspäteter

Einreichung zu Gunsten der Gesellschaft angedrohte Präjudiz zu verzichten (alte Bed. d. Magd. F.=V.=G. §. 8. litt. e. u. al. ult.). Verschweigungen und falsche Angaben. 446, 3. Verschweigungen in der Aufmachung der Schadensrechnung bei Feuerschäden werden dadurch nicht wirkungslos, daß der Agent der Versicherungsgesellschaft sie hindern konnte. 442B, 1. Ward die Frage der Declaration, wie Gebäude gebaut seien, mit „massiv" beantwortet, so ist es für die Gültigkeit des Versicherungsvertrags bedeutungslos, wenn ein Theil der Verbindungswand zwischen Hauptgebäude und Flügel aus Fachwerk aufgeführt war. 446, 1. Wenn bei generischen Feuerversicherungen einzelne Gegenstände zeitweise aus dem bezeichneten Aufenthaltsort entfernt werden, so fällt zwar die Verpflichtung der Versicherer, bei deren Untergang während der Entfernung Ersatz zu leisten, hinweg; die Gegenstände hören aber darum nicht auf, Bestandtheile des versicherten Genus zu sein, und sind, wenn dieses während jener zeitweisen Entfernung untergeht oder beschädigt wird, in Anschlag zu bringen. 446, 2. Die Rechtsfolgen unrichtiger Angaben in Betreff von bei einer Feuersbrunst abhanden gekommenen Gegenständen richten sich nach dem Inhalt der Policebedingungen. 442B, 5. Das Präjudiz in Bedingungen von F.=V.=G., welches den Verlust des Schadenersatzes androht, (a.) wenn der Versicherte in seiner Schadensrechnung Gegenstände als verbrannt oder abhanden gekommen angegeben hat, welche zur Zeit des Brandes nicht vorhanden waren, (b.) wenn er gerettete zur Versicherung gehörige Gegenstände nicht angiebt, (c.) wenn er die Gesellschaft durch übertriebene Angaben des Werthes der verlorenen oder beschädigten Gegenstände zu hintergehen sucht, (alte Bed. d. Magd. F.=V.=G. §. 112.) setzt in allen drei Fällen, und nicht bloß in dem dritten, die betrügerische Absicht des Versicherten als Fundament voraus. Wenn sie in den beiden ersten Fällen nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so geschah dies nur um deswillen, weil in gedachten Fällen der Regel nach aus der betreffenden Angabe oder Verschweigung die betrügerische Absicht hervorgeht. Das ist jedoch für die Fassung des Beweissatzes bedeutungslos. Sonstige Vorschriften der Bedingungen. 442B, 3. Die Vorschrift, binnen einer gewissen Frist eine beglaubigte Abschrift der über die Untersuchung wegen Brandes aufgenommenen Verhandlungen dem Agenten einzureichen (alte Bed. d. Magd. F.=V.=G. §. 8. litt. d.) bezieht sich nicht auf Fälle, in denen eine Untersuchung von Amtswegen eingeleitet worden ist. 442A 4. Die Contractsbedingung der Anstellung einer vollständigen Klage kann durch ein Editionsgesuch nicht ersetzt werden. 442A, 5. Die Contractsbedingung der Anstellung einer vollständigen Klage in einem Feuerversicherungsvertrage fällt nicht hinweg, weil das Motiv zur Aufstellung der Bedingung für die Gesellschaft in einem con-

creten Fall hinweggefallen ist. Processualisches. 442A 11. Protokolle zwischen dem Versicherten und einem Agenten der Versicherungsgesellschaft über die Verluste bei einer Feuersbrunst sind gemeinschaftliche Urkunden, und deren Einsicht für Erhebung einer Klage wider die Gesellschaft Zwecks umsichtiger Fassung der Klage nothwendig. 317A 1. Bei Forderungen aus einem Versicherungsvertrag kann nicht in allen Fällen ein strenger Beweis namentlich der Größe des Schadens verlangt werden. Insbesondere gilt dies bei Feuerversicherungen über bewegliche Habe. 317A 2. Wenn in einer Versicherungssache auf Beweis erkannt ist, so genügt die deren Natur entsprechende Bescheinigung. 317A 4. Ein Beweis durch sachverständige Zeugen über die Höhe des Avanz zwischen Einkauf- und Verkaufspreisen ist zulässig. 317A, 5. Ein Zeugenbeweis über beim Retten in Feuersgefahr stattgehabte Verschleppung ist zulässig. 317A 6. Wenn auch die Specification von bei einem Brand abhanden gekommenen Mobilien den Bedingungen der betr. Vers. Gesellschaft darin nicht entspricht, daß es unterlassen ist, die vor dem Brande besessenen Gegenstände dieser Gattung anzugeben, so kann es gleichwohl, je nach dem sonstigen Ergebniß der Beweisführung gerechtfertigt sein, desfalls den Versicherten zur eidlichen Bestärkung des angegebenen oder eines richterlich festzusetzenden Betrages zuzulassen. 447. Der Beweis, daß Jemand einen Brand selbst angelegt oder doch durch eigene grobe Fahrlässigkeit verursacht habe, schließt auch den Beweis ein, daß der Brand mit dessen Wissen und Willen durch einen Andern angelegt sei. p. 7 bis 10.

---

# Alphabetisches Sachregister.[1])



[1]) Die erste Ziffer bezieht sich auf die Nummer der Rechtssachen; die zweite, welche durch Komma von der ersten getrennt ist, auf die Nummer des Inhalts. Bei Gegenständen, welche im Inhalt nicht berührt sind, ist die Seite beigefügt. — Von Gesetzen vor dem jetzigen Jahrhundert ist nur das Statut vollständig angegeben, da dessen in Lübeck theilweise antiquirte Satzungen an den Orten, wo lübisches Recht gilt, noch lange von Bedeutung sein werden; z. B. in den Städten Mecklenburg's u. s. w. Von sonstigen Verordnungen die wichtigen.

# Erklärungen und Abkürzungen.

Der gesperrt gedruckte Inhalt (Präjudizien) der einzelnen Rechtssachen, deren klein gedruckte Einleitungen und Noten rühren vom Herausgeber her. Ist einzelnen Nrn des Inhalts ein p. nebst Zahl beigefügt, so findet sich in den Entscheidungsgründen des OAGerichts nur der betreffende Satz. Die Zahlen in [ ] in den mit gewöhnlicher Textschrift gedruckten EG. bezeichnen die Seiten der Reinschrift der EG.; ... vom Herausgeber für angemessen erachtete Auslassungen, stylistische Aenderungen, besonders Umwandelung lateinischer in deutsche Ausdrücke, abgerechnet. Die den Rubriken beigefügten lateinischen Ziffern nebst Zahlen beziehen sich auf die Privatsammlungen des Herausgebers und sind für das Publikum ohne Interesse: ebenso einige ähnliche in den Noten vorkommende Verweisungen.

AS. — Appellationssumme.
Ass.Co. — Assecuranz-Compagnie.
Ass.O. — Assecuranz-Ordnung.
AP. — Allgemeiner Plan Hamburgischer Seeversicherungen 1847. Revidirt 1853.
B. — Bremen.
Br.S. — Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Bremischen Rechtssachen. Bremen, Heyse. Bis jetzt fünf Bände.
DBA. — Deutsche Bundes-Acte.
EB. — Eisenbahn.
EBG. — Eisenbahngesellschaft.
F. — Frankfurt.
Fr.S. — Sammlung der Entscheidungen des OG. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. Frankfurt, Sauerländer. Bis jetzt fünf Bände.
H. — Hamburg.
HG. — Handelsgericht.
HGB. — Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
HS. — Sammlung der Entscheidungen des OAG. zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen. Bd. 1—3. Hamburg 1849 bis 1864.
i. — interdictum.
i. S. — in Sachen.
J. — Instanz.
K(C)GO. — Kammergerichtsordnung von 1555.
KGU. — Kammergerichtsurtheil.
L. — Lübeck.
MB. — Monatliche Bekanntmachung des OAG.
N. — Note.
NO. — Notariatsordnung von 1512.
NFO. — Hamb. neue Falliten-Ordnung von 1752.
NG. — Niedergericht.
Nr. — Nummer.
OAG. — Oberappellationsgericht.
OAGO. — Oberappellationsgerichtsordnung.
OG. — Obergericht.

p. — pagina.
r. R. — römisches Recht.
RA. — Reichsabschied.
S. — Wenn ohne Zusatz, „Bruhn Sammlung von Entscheidungen des OAG. zu Lübeck in Lübecker Rechtssachen. Bd. 1. 2. Lübeck 1858."
S. — bedeutet nach Umständen auch Seite.
S. — Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. Bd. 1—17. München 1847—1864. Die erste Zahl daneben bezeichnet den Band, die zweite die darin befindliche Nr. des Präjudizes.
St. u. LG. — Stadt- und Landgericht.
SR. — Seerecht.
V. — Verordnung.
VS. — Verordnungen-Sammlung.
V. v. 5. Juli 1820 — Nachtrag zur Verordnung über das Gerichtswesen vom 4. Mai 1814. (Lüb. VS. 3, 185 fgg.), in Verbindung mit V. v. 13. Aug. 1831 (6, 55. 56.)
v. J. — vorige Instanz.
WG. — Wettegericht.
WB. — Wettebescheid.

# Berichtigungen.

## Zu I.

S. 10. Z. 3. v. u. G. l. H.
„ 24. Z. 4. v. u. 277 a C. l. 249 C.
„ 34. Z. 2. v. u. Nademacher l. Rademacher.
„ 43. Z. 9. v. o. Das l. Der.
„ 43. Z. 14. v. u. erwirkt l. erwirbt.
„ 67. Z. 10. v. u. der l. des.
„ 87. Z. 15. v. u. Y. l. X.
„ 113. Z. 15. v. o. 13. l. 23.
„ 153. Z. 9. v. u. Frank -- l. Franck Bekl. w. Beinbrech u. w. Gresland.
„ 153. Z. 4. v. u. hinter Eigenthum zuzus.: an Mobilien.
„ 154. Columnentitel Jacoby l. Jacobj; und öfter.
„ 154. Z. 4. v. o. Abbot l. Abbott.
„ 155. Z. 1. v. u. zuzus. 1865.
„ 158. Z. 13. v. o. revoc 4 l. revoc.
„ 159. Z. 10. v. o. drei Monats- l. Dreimonats-.
„ 163. Z. 11. v. o. S. l. S.
„ 170. Z. 17. v. u. verlangt l. verlangte.
„ 180—194 fehlt in Col.-Tit. 292.
„ 196. Z. 1. v. o. gewahr l. gewahrt.
„ 198. Z. 12. v. o. 395 l. 295.
„ 201. Col.-Tit. 285 l. 295.
„ 213. „ 197 l. 297.
„ 232. „ fehlt 300.
„ 235—240. Col.-Tit. 302 fehlt.
„ 245—247. „ 305 „
„ 250—255. Col.-Tit. 208 l. 308.
„ 257. „ 1052 l. 1852.
„ 261. Z. 2. v. o. [14] l. p. 14.
„ 278. Z. 16. v. u. stattgegen l. stattgegeben.
„ 293. Z. 14. v. o. 1, 6 l. 5, 6.
„ 312. Z. 16. v. o. hinter das zuzus. OAG.
„ 355. Col.-Tit. 1354 l. 1854.
„ 356—360. Col.-Tit. Lüb.-Büch. w. l. w. Lüb.-Büch.
„ 413. Z. 11. v. o. eine l. ein.

## Zu II.

S. 5. Z. 15. v. u. 193 l. 1, 93.
„ 18. Not. zuzus. §. 60. 61.
„ 25. „ „ §. 114.
„ 26. Nr. 6. seinen l. seiner.
„ 26. aufgetrage l. aufgetragen.
„ 33. Ueberschr. 364. l. 365.
„ 33. z. E. 5. l. 6.
„ 43. Not. 2. GAGO. l. OAGO.
„ 47. Ueberschr. Dertien l. Derlien.
„ 48. Z. 3. v. u. Capitals l. Capitels.
„ 56. In Ueberschr. Juni 1865. TR. l. Juli 1865. B537R.
„ 78. Nr. 1. den Käufern l. dem Käufer.

S. 79. Nr. 2. der ersteren l. des ersteren.
380. l. 380A. auch in den Ueberschriften.
„ 86. Not. 1. Z. 1. Anweisung l. Abweisung.
„ 2. „v. 23. Febr. 1856" zu streichen.
„ 90. Z. 7. v. u. den l. der.
„ 94. Z. 6. v. o. hinter Liquidation statt . ein : zu setzen.
„ 102. Z. 7. v. o. Declaranten l. der Declarantin.
„ 112. Z. 3. v. o. ihre l. ihrer.
„ 127. Z. 2 u. 19. v. u. Stadt= l. Land=.
„ 129. im Riß „Bäume" l. Bäumen.
„ 135. Z. v. u. das Komma hinter Triga zu streichen.
„ 136. Z. 2. v. o. 34 l. 3, 4.
„ 139. Nr. 1. der l. des.
„ 149. Z. 7. v. o. Jacoby l. Jacobj.
„ 179. Nr. 3. z. E. B an A l. A an B.
„ 187. Z. 14. v. o. einen l. einem.
„ 191. Z. 7. v. u. a. l. A.
„ 192. Z. 15. v. u. Consignator l. Consignatar.
„ 202. Not. Theike l. Theile.
„ 207. Nr. 1. „durch Wechsel" zu streichen.
„ 210. Not. 1. Nr. 1. l. a.
„ 210. „ 2. Janson l. Jansen.
„ 220. Ueberschr. 417. l. 419; Z. 14. v. u. B. 6 l. B. 1.
„ 293. Z. 9. v. o. propr. et Pehmöller l. Pehmöller. propr. et.
„ 320. Not. S. 35 l. p. 36.
„ 343. Cit. zuzuf. 18. vor Jan.
„ 357. Z. 16. v. u. l. 2. §. 3. l. 1. 3. §. 2.
„ 359. In 455 ist hinter Oct. zuzusetzen 1851.
„ 366. Not. §. l. Art.
„ 371. Z. 8. v. o. hinter Bestätigung zu setzen :.
„ 373. Not. 1. statt §. 15 u. 368 l. Art. 17 u. 366.
„ 391. Z. 10. v. o. 20. 26. l. 2026.
„ 402. Nr. 308 der l. w.
„ 408. Vor „333" einzuschalten „Jacobj & Co."
„ 411. Z. 1. v. u. l. 3. l. l. 2.
„ 416. Z. 16. v. u. 336, 1. l. 333, 2.
„ 418. Z. 18. v. o. 208. l. 308.
„ 419. Z. 14. v. o. 334. l. 343; Z. 15. v. u. Mäklers l. Notars.
„ 420. Z. 11. v. u. zuzuf. 296. vor Gegen.
„ 421. Z. 4. v. o. 311. l. 311A.
„ 422. Z. 1. v. o. hinzuzusetzen 343B, 1. Angebliche Irreligiosität und Armuth verdächtigen nicht.
„ 425. hinter 297, 2 zuzusetzen: 336, 1. Bei Forderung eines Inventars nach angeblicher Höhe des Vermögens.
„ 425. Z. 20. v. u. 364 l. 324.
„ 426. Z. 12. v. o. der l. des.
„ 426. Z. 22. v. u. vor Nach hinzuf. 355.
„ 427. Z. 12. v. o. nach „werden" hinzuzuf.: Vergl. 343B, 2.
„ 430. Z. 21 v. o. das l. daß.
„ 433. Z. 9. v. o. 4, 6 l. 1. 6.
„ 435. Z. 3. v. o. 2 l. 3.
„ 435. Z. 10. v. o. 3 l. 4.
„ 443. Z. 14 v. o. 272 l. 271; z. E. 365B. 1. u. 365A. 3. (so l. statt 395A. 3) sind umzustellen.

Wunderlich

Die Jurisprudenz des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands in bürgerlichen Rechtssachen aus Lübeck

Bd.: 2

Bremen 1866